Der Kauf in Bausch und Bogen.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

SIEGFRIED HACKMANN

Gerichtsreferendar

aus Bremen

MARBURG 1933

Dissertations-Verlag G. H. Nolte, Düsseldorf

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 5. November 1932.

Berichterstatter: Geheimrat Prof. Dr. Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTS-VERZEICHNIS.

Literaturverzeichnis IV
Einleitung 1

Erster Abschnitt: Begriff und Abgrenzung des Kaufs in Bausch und Bogen.

1. Kapitel: Allgemeines
§ 1. Wortbedeutung, Bezeichnung 2
§ 2. Geschichtliches 3
§ 3. Verbreitung und Verwendung in der Gegenwart . . . 7
2. Kapitel: Begriffsbestimmung
§ 4. Der Gesamtpreis 8
§ 5. Der Kaufgegenstand
a) Spezies 11
b) vertretbare Sachen 11
c) Sachinbegriff 12
d) Zubehör 13
§ 6. Absehen von den Einzelstücken? 13
§ 7. Der Begriff 18
3. Kapitel: Abgrenzung
§ 8. Die Klausel „wie es steht und liegt" 20
§ 9. Der Ramschkauf 22
§ 10. Das gewagte Geschäft 23

Zweiter Abschnitt: Die Gefahrtragung beim Kauf in Bausch und Bogen.

1. Kapitel: Allgemeines
§ 11. Ueberleitung 25
§ 12. Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag 25
§ 13. Die gesetzliche Regelung der Gefahrfrage beim Kauf in Bausch und Bogen 27
2. Kapitel: Die Tragweite des Kaufs in Bausch und Bogen in der Gefahrfrage
§ 14. Der anerkannte Uebergang der Gefahr der Gesamtheit . . 28
§ 15. Der umstrittene Uebergang der Gefahr der einzelnen Bestandteile
I. Problemstellung 30
II. Die Ansicht Endemanns 31
III. Die Ansicht Adlers 32
IV. Die Mittelmeinung 34
§ 16. Zusammenfassung 37

Dritter Abschnitt: Die Sachgewährleistung beim Kauf in Bausch und Bogen.

1. Kapitel: Allgemeines
§ 17. Die Gewährleistung beim Kaufvertrag 38
2. Kapitel: Die Tragweite des Kaufs in Bausch und Bogen hinsichtlich der Gewährleistung für Sachmängel
§ 18. Die Tragweite des Kaufs im Preußischen Allgemeinen Landrecht 40
§ 19. Die Tendenz der Entwicklung im heutigen Recht . . . 41
§ 20. Die Frage der Zusicherungen 44
§ 21. Zusammenfassung 46

LITERATUR-VERZEICHNIS.

Adler, Gefahrübergang beim Handelskauf, Goldschmidts Zeitschr. Bd. 72 S. 388 ff.
Arndts, Pandekten, III. Buch, 9. Aufl. Stuttgart 1877.
Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Rechte, 1876.
Bellmer, Die Klausel „tel quel" und ähnliche handelsübliche Klauseln, Hamburger Diss. 1930.
Berolzheimer, Haftung für Mindermaß beim Kauf in Bausch und Bogen, Gruch. Beiträge Bd. 63 S. 456 ff.
Boden, Die Klausel „tel quel", Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 51 S. 399 ff.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. Jena 1922.
Crome, System des bürgerlichen Rechts.
Dernburg, Das bürgerliche Recht, 3. Aufl. Halle/S. 1906.
— Pandekten, 2. Aufl. Berlin 1889 (Abkürzung: Dernburg, Pandekten).
— Das preußische Privatrecht, 4. Aufl. Halle/S. 1889 (Abkürzung: Dernburg, preuß.).
Dove-Meyerstein, Gutachten über Handelsgebräuche, erstattet von der Industrie- und Handelskammer Berlin.
Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB., III. 2. Aufl. Mannh. u. Leipz. 1913.
Eccius, Preußisches Privatrecht, 6. Aufl. Berlin 1892.
Ehrenzweig, System des allgemeinen österreichischen Privatrechts, Wien 1920.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 19./34. Aufl. Marburg 1927/28.
Fischer, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Berlin 1887.
Gareis, „Das Kaufgeschäft", in Endemanns Handbuch des Handelsrechts II. Bd. Leipzig 1882.
v. Gierke, Deutsches Privatrecht, München u. Leipzig 1917.
Glück, Erläuterungen der Pandekten, Erlangen 1814.
Goldmann-Lilienthal, BGB., 2. Aufl. Berlin 1903.
Grimm, Gebrüder, Deutsches Wörterbuch, Leipzig 1854.
Gruchot, Beiträge zur Lehre vom Kauf in Bausch und Bogen, in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 3 S. 471.
Hachenburg, Kommentar zum G.m.b.H.-Gesetz, 5. Aufl. Berlin u. Leipzig 1927.
Handelsrecht und Handelsbrauch, Entscheidungen und Gutachten in Handelssachen, herausgeg. von Feilchenfeld, Staff und Mikalke, Bd. 1 1929.
Heitz, Die Klausel „tel quel" beim Handelskauf. Leipz. Dissertation 1903.
Jhering, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontrakte, II. Beitrag in Dogm. Jahrb. 4, S. 366 ff.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1. Aufl. Berlin 1899.
Leonhard, Besonderes Schuldrecht, München/Leipzig 1931.
— Kommentar zum Erbrecht, 2. Aufl. Berlin 1912.
Makower, Das Handelsgesetzbuch, I, 2 12. Aufl. Berlin 1904.
Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer zu Berlin.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888.
Oertmann, Der gewöhnliche Handelskauf, in Ehrenbergs Handbuch Bd.IV 2.Abt. Leipzig 1918 (Abkürzung: Oertmann in Ehrenberg).
— Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. Berlin 1929.
Planck, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. Berlin u. Leipzig 1928.
Reichsgerichtsräte, Kommentar, Recht d. Schuldverhältnisse, 6. Aufl. Berlin 1928.
Schlodtmann, Die Klausel „tel quel", Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 38 S. 353 ff.
Soergel, Das Bürgerliche Gesetzbuch, I. Bd., 4. Aufl. Stuttgart 1929.
Sohm, Institutionen des römischen Rechts, 17. Aufl. München und Leipzig 1928.
Staub, Kommentar zum HGB., 12. und 13. Aufl., Berlin u. Leipzig 1926/27.
Staudinger, Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl. München 1928.
Stubenrauch, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Wien 1858.
Zander, Klauseln im Weltverkehr, Berlin 1906; und bei Gruchot, Bd. 49 S. 580.

EINLEITUNG.

Der Kauf in Bausch und Bogen wird im Gegensatz zu früheren Gesetzgebungen im heutigen Bürgerlichen Recht nicht erwähnt. Er befindet sich somit in der gleichen Lage wie die zahlreichen anderen Sonderklauseln, die sich — insbesondere im Gebiete des Handelsrechts — beim Kaufvertrag herausgebildet haben. Seine Gestaltung wird heute allein durch die Handhabung im Verkehr bestimmt, sodaß er dem Wechsel der praktischen Bedürfnisse in starkem Maße unterliegt.

Dieser Umstand ist einerseits von Vorteil. Erfordert die große Mannigfaltigkeit in der Gestaltung einzelner Rechtsverhältnisse schon eine große Anpassungsfähigkeit des Vertragstypus, so verstärkt sich hier dieses Bedürfnis noch dadurch, daß der Kauf in Bausch und Bogen fast stets außerhalb des normalen Geschäftsganges abgeschlossen wird und eigengearteten, stets wechselnden Parteiinteressen gerecht werden soll, die sich schwer in ein festes Schema einfügen lassen. Bei solcher Vielseitigkeit der Aufgaben muß das Fehlen gesetzlicher Grenzen günstig wirken.

Allerdings hat eine solche Freiheit aber auch ihre Mängel, vor allem wohl den, daß es oft an der nötigen Klarheit und Bestimmtheit der Vertragsauslegung fehlt. So ist insbesondere die Stellungnahme der Literatur beim Kauf in Bausch und Bogen häufig recht unsicher, zumal die unterschiedlichen Auffassungen früherer Gesetzgebungen sich noch heute irreführend auswirken.

Die Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es sein, derartige Zweifel weitgehend zu klären, das Feststehende vom Veränderlichen zu scheiden und so einen Querschnitt durch den heutigen Stand des Kaufs in Bausch und Bogen zu gewinnen.

Den Tatsachenstoff dazu werden praktische Fälle liefern müssen, wie sie in Gerichtsentscheidungen, Gutachten von Handelskammern und der sonstigen Literatur zutage treten. Soweit es notwendig erscheint, wird auf die geschichtlichen Grundlagen zurückgegangen werden. Der erste Abschnitt wird nach einem allgemeinen Ueberblick über die Vorläufer des heutigen Kaufs in Bausch und Bogen zu einer Feststellung des Begriffs führen, der dann näher gegen verwandte Vertragstypen abzugrenzen ist. In zwei weiteren Abschnitten sind ferner die beiden Hauptprobleme zu erörtern: die Gefahrtragung und die Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf in Bausch und Bogen.

Erster Abschnitt.

BEGRIFF UND ABGRENZUNG DES KAUFS IN BAUSCH UND BOGEN.

1. Kapitel.

ALLGEMEINES.

§ 1. Wortbedeutung, Bezeichnung.

Mannigfaltig, wie die Gestalten des Kaufs in Bausch und Bogen sind auch die Bezeichnungen für dieses hier zu behandelnde Rechtsgeschäft.

Die häufigste und zugleich diesen Kauftypus am besten charakterisierende ist die in dieser Arbeit gebrauchte: „Kauf in Bausch und Bogen". Der Name „in Bausch und Bogen" ist nach dem Deutschen Wörterbuch der Gebrüder Grimm auf eine bei Grenzen übliche Bezeichnung zurückzuführen. Danach heißt „Bausch"[1]) die auswärts, „Boge" die einwärts gehende Fläche. Etwas „in Bausch und Bogen kaufen" bedeutet daher nach Grimm: etwas so kaufen, daß das, „was auf der einen Seite abgeht, die andere wieder einbringt". Das ist jedenfalls auch die ursprüngliche Bedeutung dieses Kaufs. Er hat in solchem Sinne seinen Niederschlag im Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch und im Preußischen Allgemeinen Landrecht gefunden, wie aus der besonderen Behandlung der Fragen der Gefahrtragung und der Gewährleistung hervorgeht. Inwieweit diese Bezeichnung für den Inhalt des genannten Vertrages heute noch maßgebend ist, das soll Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sein.

Aehnlich, aber wohl nicht ganz gleichbedeutend ist der „Klumpenkauf" des Badischen Landrechts. Praktisch werden die gleichen Kaufverträge von diesem Begriff erfaßt. Der Unterschied liegt in dem Ausgangspunkt der Betrachtung. Beim Kauf in Bausch und Bogen ist es der besondere Parteiwille, der in der Bezeichnung zum Ausdruck kommt. Beim Klumpenkauf dagegen der Kaufgegenstand, der „Klumpen", die Masse.

In gleicher Weise abweichend sind die auch von den Gebrüdern Grimm zum Vergleich herangezogenen niederdeutschen Bezeichnungen: „im rämter", „im ramp", „im rummel", „im rumplump", „in der ruse kopen". Insbesondere der zweite Ausdruck — im ramp kopen — erinnert deutlich an den heute gebräuchlichen Ramschkauf[2]). Diese Bezeichnungen haben gemeinsam, daß sie das Umfassende des Kaufs andeuten. „Rummel" bedeutet auch heute noch das Ungegliederte, Ungeordnete — eben die Masse. „Ruse" wird sprachlich gleichen Ursprungs sein wie die Fischreuse, jenes Fanggerät, das die Fische sammelt und nicht wie die Angel das Einzelexemplar fängt.

1) Gebr. Grimm, a.a.O., Stichwort „Bausch" Ziff. 7; Bausch aus baus, mittelhochdeutsch bûs = Aufgeblasenheit, schwellende Fülle (Etymolog. Wörterb.).

2) Vergl. unten § 9 Der Ramschkauf.

Auf die Masse geht auch die französische Bezeichnung „vente en bloc", die vielfach, wie auch die gemeinrechtliche Bezeichnung „Aversionalkauf", dem deutschen Kauf in Bausch und Bogen gleichgesetzt wird. Auch dieses aversione emere, eigentlich: abgewandten Gesichts kaufen, zeigt die gleiche Auffassung dieses Vertragstypus.

Früher scheint man im gemeinen Recht den Aversionalkauf auch mit dem Ausdruck „Platzhandel", „Handel auf dem Platze" bezeichnet zu haben[3]). Diese Bezeichnung wird aber heute in einem ganz anderen Sinne gebraucht, nämlich im Betriebe eines Handelsgeschäfts als die Summe der am Orte der Firma getätigten Handelsverträge — Platzgeschäft — daher „Platzvertreter", der Vertreter, der an einem bestimmten Orte solche Verträge tätigt.

§ 2. Geschichtliches.

Die Vorläufer des heutigen Kaufs in Bausch und Bogen reichen weit zurück und übertreffen in ihrem Alter die meisten der heute üblichen Kaufklauseln, insbesondere die Handelsklauseln. Mit der Ueberwindung des ersten Formalismus, mit der ersten freieren Gestaltung des Kaufrechts mußte auch für Verträge der hier zu behandelnden Art Raum geschaffen werden und so finden wir bei Gaius[4]) die erste Auseinandersetzung mit diesem Thema. Allerdings treten bei ihm die Fragen, die uns heute von hervorragender Bedeutung scheinen, stark zurück hinter der „perfectio" dieses Kaufs, die zwar äußerlich eine Abweichung von der Behandlung des normalen Kaufs erfährt, in Wahrheit aber auch hier die bloße folgerichtige Anwendung der Perfektionsgrundsätze auf diesen Vertragstypus zeigt.

Mit der Rezeption findet die Quellenstelle ihre Anwendung und Weiterbildung im gemeinen Recht, wo der „Aversionalkauf" Gegenstand vieler Auseinandersetzungen wird. Für unsere Betrachtung interessiert vor allem die Auseinandersetzung mit dem Preußischen Allgemeinen Landrecht, das Begriff und Tragweite gesetzlich festlegt und sich dadurch in Widerstreit zu der gemeinrechtlichen Lehre setzt. Dort ist man sich über den Anwendungsbereich keineswegs einig. Als Mittelmeinung wird man die von Glück[5]) und Dernburg (Pandekten)[6]) vertretene Ansicht bezeichnen können, daß es auf den Gegenstand dieses Kaufs nicht ankomme, vielmehr allein die Bestimmung des Kaufpreises das Entscheidende sei. Es seien daher sowohl fungible als auch nicht fungible Sachen als Kaufgegenstand zu-

3) Vergl. die Bem. bei Gareis in Endemann a.a.O. Fußnote 16.
4) s. l. 35 §§ 5, 6 D de contr. emt. (18, 1).
5) Glück, a.a.O. S. 85.
6) Dernburg, a.a.O. S. 259.

gelassen. Demgegenüber verlangt Gruchot[7]) die Beschränkung auf fungible, also vertretbare[8]) Sachen. Bei der praktischen Durchführung seines Gedankens zeigt Gruchot aber wenig Konsequenz, indem er nämlich das „peculium" der Sklaven, eine gewiß aus den verschiedensten Dingen bestehende Masse[9]) zum Gegenstand eines echten Kaufs in Bausch und Bogen macht[10]).

In anderer Richtung sondert sich Arndts[11]) ab. Dieser beschränkt den Kauf in Bausch und Bogen auf „Inbegriffe". Ob er hier „Inbegriff" im engen technischen Sinne verstanden wissen will, mag immerhin zweifelhaft sein, zumal auch er das entscheidende Gewicht auf die Preisbestimmung legt. Allerdings beruft sich Arndts zur Erläuterung des Begriffes „in aversione" auf zwei Rechtsfälle, deren Gegenstand ausgesprochene Sachinbegriffe[12]) sind.

Allen Vorgenannten ist gemeinsam, daß sie unbedenklich den Aversionalkauf dem Kauf in Bausch und Bogen gleichsetzen. Wohl nicht ganz unbeeinflußt vom Preußischen Allgemeinen Landrecht macht darin aber Gareis[13]) einen Unterschied. Er faßt unter dem Sammelbegriff Aversionalkauf im weitesten Sinne alle die Kaufverträge zusammen, durch die eine Mehrheit von Sachen einheitlich verkauft wird. Unter diesen Kaufgegenständen unterscheidet er solche, die bereits begrifflich zusammengefaßt sind — Universitaskäufe — und solche, bei denen die Einheitlichkeit in dem bloßen gegenständlichen Zusammensein liegt. Diese Letzteren — Aversionalkäufe im engeren Sinne — können sowohl Käufe nach Maß (emtio venditio ad mensuram s. quantitatem) als auch Käufe in Bausch und Bogen sein. Das entscheidende Merkmal für den Kauf in Bausch und Bogen liegt also auch für Gareis in der Art der Preisbestimmung, entscheidend aber nur für den Kauf in Bausch und Bogen, nicht für den Aversionalkauf überhaupt. Es ist hier nicht der Raum, festzustellen, inwieweit diese Ansicht gerechtfertigt ist, da sie schließlich, soweit es sich um den Kauf in Bausch und Bogen handelt, in Einklang mit den bisher erörterten Gemeinrechtlern steht. Für uns sind nur die Gegensätze in der Frage des Kaufgegenstandes von Bedeutung. Sie werden bei der Feststellung des Begriffs noch kurz berührt werden, da sie sich in der neueren Literatur wiederholen.

---

7) Gruchot, a.a.O. S. 471.
8) Vergl. Jhering, Dogm. Jahrb. 4, S. 399 ff.
9) Vergl. Sohm, a.a.O. S. 169.
10) a.a.O. S. 494: „Verkauf eines Sklaven „cum peculio" ist bezgl. des Pekuliums ein echter Kauf in Bausch und Bogen".
11) Arndts, a.a.O. S. 513, Anm. 5.
12) L. 1 § 15 D (14, 1); l. 10 § 2 D (14, 2); in beiden Fällen ist ein Schiff im Ganzen Gegenstand des betr. Rechtsgeschäfts.
13) Gareis in Endemann, a.a.O. S. 607 Anm. 22.

Es wurde schon angedeutet, daß mit dem Allgemeinen Landrecht eine Begriffsbestimmung im Gesetz[14]) getroffen worden ist. Nach dem Gesetz stellt sich der „Kauf in Pausch und Bogen" als der Kauf einer Sache, „wie sie steht und liegt", dar. Beschränkungen im Gegenstande kennt das Landrecht nicht. Es können also sowohl vertretbare als auch nicht vertretbare Sachen „in Pausch und Bogen" verkauft werden. Dagegen sondert es den Kauf eines Inbegriffs ab[15]) und wendet nur unter bestimmten Voraussetzungen (Preisbestimmung!) die Vorschriften über den Pauschkauf hinsichtlich der Nutzungen und Gefahren analog an. Das entscheidende Merkmal ist auch im Landrecht die Art der Preisbestimmung: die einzelnen Sachen bilden nur in ihrer Gesamtheit — ohne Ansehung der einzelnen Teile — Gegenstand des Kaufs in Pausch und Bogen.

Im Preußischen Allgemeinen Landrecht werden auch zum ersten Mal die Fragen aufgeworfen, die heute im Vordergrund der Betrachtung stehen: die Fragen der Gefahrtragung und der Gewährleistung für Sachmängel. Mittelbar war zwar auch schon im gemeinen Recht die Gefahrfrage vorhanden. Dort bildete aber die Art ihrer Behandlung keine Abweichung von den herrschenden Grundsätzen. Der Gefahrübergang ist stets — also auch beim Aversionalkauf — an die Perfektion gebunden. Die Perfektion tritt wie bei jedem anderen Kauf mit der Erledigung aller wesentlichen Punkte ein. Daß dieses in der Regel mit der Zumessung, Zuzählung oder Zuwägung geschieht, bei dem Aversionalkauf aber infolge des gänzlichen Fehlens einer solchen Betätigung schon mit dem bloßen Kaufabschluß, ist nichts als die konsequente Durchführung des Perfektionsgedankens, stellt also keine Abweichung von der Regel dar.

Anders im Preußischen Allgemeinen Landrecht. Hier geht grundsätzlich die Gefahr erst mit der Uebergabe der Kaufsache auf den Käufer über; bis zu diesem Zeitpunkt trägt der Verkäufer weiter die Gefahr, wie ihm auch die Nutzungen und Lasten verbleiben. Von diesem Grundsatz bildet die Gefahrtragung beim Kauf in Bausch und Bogen eine klare Ausnahme. Das Landrecht trennt zwischen der Gefahr für die Verschlechterung oder den Untergang einzelner Stücke des Kaufgegenstandes und derjenigen der gesamten Kaufsache. Die Gefahr der Gesamtsache bleibt wie bei jedem anderen Kauf dem Verkäufer bis zur Uebergabe. Die Gefahr für die Verschlechterung oder den Untergang einzelner Stücke trägt der Käufer jedoch schon vom Kaufabschluß an.

Diese eigenartige Zweiteilung ist auch in das Oesterreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch[16]) übernommen worden — allerdings mit einer bemerkenswerten Modifikation,

14) Preuß. ALR. Teil I Titel 11: „Ueber die Gefahrtragung".
15) a.a.O. §§ 121—123: „Bei einem Inbegriff von Sachen".
16) Oesterr. ABGB. §§ 1049, 930.

die an die Behandlung der laesio enormis erinnert. Der Verkäufer trägt nämlich nach dem Oesterreichischen A.B.G.B. die Gefahr für die einzelnen Stücke noch insoweit, als durch deren Verschlechterung oder Untergang die Kaufsache über die Hälfte des Wertes eingebüßt hat.

Nach dem preußischen ALR. tritt weiter eine Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf in Pausch und Bogen grundsätzlich nicht ein. Die Mehrheit von Sachen wird vielmehr in dem Umfange und in der Beschaffenheit verkauft, die sie gerade hat[17]). Anlaß zu Mißdeutungen scheint mir die Feststellung Dernburgs (a.a.O.) zu geben, daß der Umfang und die Beschaffenheit im Zeitpunkt der Uebergabe maßgebend sei[18]). Praktisch wird es auf diesen Zeitpunkt wohl insofern hinauskommen, als alles das, was zwischen Vertragsschluß und Uebergabe an Einzelstücken durch Zufall untergeht oder sich verschlechtert, schon zu Lasten des Käufers geht. Nur dem Zufall ist aber diese Wirkung eingeräumt — nicht der Tätigkeit des Verkäufers — man wird daher als für Bestand und Beschaffenheit allein maßgebend nur den Vertragsschluß ansehen dürfen. Dem entspricht auch die Wortfassung: alles wie es steht und liegt — im Augenblick des Verkaufsabschlusses steht und liegt, soll verkauft sein.

Besondere Bestimmungen regeln ferner den Umfang des Kaufgegenstandes für bestimmte Käufe, z. B. eines Landgutes, eines Hauses, einer Fabrik u. a. m.[19]). In jedem Falle wird hervorgehoben, daß nur das verkauft sei, was vorhanden. Quantitätsangaben sind nur dann von Erheblichkeit, wenn sie sich zu einer Zusicherung verdichtet haben[20]). In diesem Falle finden die Vorschriften über den gewöhnlichen Kauf Anwendung. In gleicher Weise ist beim Kauf in Pausch und Bogen auch nicht für ein gesetzliches Maß des Zubehörs einzustehen, sondern nur für das Vorhandene. Andererseits gilt aber auch das über das gesetzliche Maß hinaus Vorhandene als verkauft.

Eine besondere Bestimmung trifft das Landrecht dann noch für das Erbrecht[21]). Der Kauf eines Inbegriffs von Erbschaftssachen, einer Erbschaft, nach einem Inventar kann entweder als der Kauf einzelner bestimmter Sachen oder als ein Kauf in Pausch und Bogen angesehen werden, je nachdem ob das Verzeichnis nur informatorischen Zwecken dient oder ob es die Einzelsachen als Einzelkaufgegenstände feststellen soll.

Die gleichen Grundlagen wie dem hier erörterten Kauf in Pausch und Bogen des preußischen Rechts sind dem Kauf in Bausch und Bogen des Oesterreichischen Allgemeinen Bürger-

17) Eccius, a.a.O. § 128 D; Dernburg, preuß., a.a.O. § 140; Fischer, a.a.O. S. 400.

18) Dernburg a.a.O.

19) Preuß. ALR. I Titel 11 § 83 ff.

20) a.a.O. § 213.

21) a.a.O. §§ 484, 485.

lichen Gesetzbuchs eigen. Dieses enthält auch fast die gleiche Begriffsbestimmung: „d. h., wenn Sachen so, wie sie stehen und liegen, ohne Zahl, Maß und Gewicht" verkauft werden[22]). Mit einigen Abweichungen, wie die oben schon erwähnte der Verschlechterung über die Hälfte des Wertes, ist daher die Gestaltung dieses Kaufs auch hier die gleiche.

Der Vollständigkeit halber sei ferner noch auf das Badische Landrecht hingewiesen, in dem die vente en bloc des Code Napoléon als Kauf in Bausch und Bogen und als Klumpenkauf wiederkehrt. Da für den französischen Rechtskreis ebenfalls das Prinzip der Perfektion gilt, ist die Stellung dieses Kaufs dem Aversionalkauf des gemeinen Rechts völlig gleich gestaltet[23]). Das Badische Landrecht beschränkt übrigens den Begriff „in Bausch und Bogen" nicht auf das Kaufrecht, sondern wendet ihn beim Werkvertrag, insbesondere beim Bauvertrag, und auch im ehelichen Güterrecht an[24]). Besondere Bedeutung kommt für unsere Betrachtung weder dem Code Napoléon noch dem Badischen Landrecht zu. Die beiden großen Komponenten, die auch stets in der Literatur wiederkehren, und aus denen der heutige Begriff des Kaufs in Bausch und Bogen letzten Endes resultiert, das sind das Preußische Allgemeine Landrecht einerseits und die Quellen andererseits. Soweit die vorliegende Arbeit auf die geschichtlichen Grundlagen zurückgreifen muß, werden diese beiden Wurzeln allein von Interesse sein.

§ 3. Verbreitung und Verwendung in der Gegenwart.

In dem geltenden Bürgerlichen Gesetzbuch fehlt jede Bestimmung über den Kauf in Bausch und Bogen. Die Motive[25]) lehnen eine solche ab mit der Begründung, daß dieser Vertrag grundsätzlich den gleichen Vorschriften unterliegen müsse wie jeder andere Kauf. Wenn sich in früheren Gesetzen Sonderbestimmungen vorfänden, so beruhten sie auf der falschen Annahme, daß die Parteien mit der Art der Preisgestaltung auch eine besondere Absicht hinsichtlich des Inhaltes der Gesamtheit und der Beschaffenheit der einzelnen Bestandteile verbänden. Wie dem auch sei, es hat den Anschein, daß der Kauf in Bausch und Bogen durch dieses Fehlen der gesetzlichen Grundlage an Bedeutung und Verbreitung eingebüßt habe. In der Rechtsprechung der oberen Gerichte wird er namentlich fast gar nicht mehr genannt[26]). Die große Mehrzahl der Lite-

22) § 930.

23) Code Napoléon, Art. 1586. Si au contraire les marchandises ont été vendue en bloc, la vente est parfaite, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées.

24) a.a.O. §§ 1522, 1586, 1793, 1794.

25) Motive zum Bürgerl. Gesetzbuch II, 324.

26) Aus jüngerer Zeit nur OLG. Stettin 20. 5. 26., JW. 26, 2003.

ratur beschränkt sich auf kurze Hinweise[27]). Nur wenige Schriftsteller bemühen sich um eine eingehendere Darstellung dieses Vertragstypus. Am häufigsten wird seiner noch in den Büchern des Handelsrechts bei der Lehre von den Gefahr- und Gewährleistungsklauseln Erwähnung getan[28]). Diese letztere Tatsache könnte zu der Annahme verführen, daß sein eigentliches Geltungsgebiet das des Handelskaufs sei. Ich bin aber der Ansicht, daß gerade das Gegenteil richtig ist; denn in den gewöhnlichen Bahnen des Handelsverkehrs ist jede Vertragspartei bedacht, alle Möglichkeiten des jeweiligen Geschäfts auszuschöpfen, und sich über den Umfang ihrer Forderung und Leistung Gewißheit zu verschaffen. Sie sichert sich daher gegen alle Zufälligkeiten durch mannigfache Klauseln. Dazu taugt aber der Kauf in Bausch und Bogen wenig, da der Kaufgegenstand hier nur in der Gesamtheit in Erscheinung tritt und über seine einzelnen Bestandteile grundsätzlich nichts gesagt wird. Insofern soll zugegeben werden, daß der Kauf in Bausch und Bogen gewisse Merkmale eines gewagten Geschäfts trägt[29]). Im Handel kommt dieser Kauf daher nur unter besonderen Umständen vor, so z. B. wenn eine Handelsfirma ihr gesamtes Warenlager abstoßen will, um es durch ein neues, modernes zu ersetzen, oder wenn ein Warenlager durch Feuer oder Wasser beschädigt worden ist und der Eigentümer sich nicht selbst der Mühe unterziehen will, die gute Ware auszusondern.

Daneben findet sich der Kauf in Bausch und Bogen aber auf allen anderen Gebieten, z. T. ausdrücklich als solcher kenntlich gemacht, z. T. unter irgendeinem anderen Sammelbegriff versteckt. Hierzu gehört vor allem der Ankauf einer Münz- oder Markensammlung zu einem Gesamtpreis und ähnliche Fälle.

2. Kapitel.

BEGRIFFSBESTIMMUNG.

§ 4. Der Gesamtpreis.

Wenn in den bisherigen Ausführungen Beispiele für den Kauf in Bausch und Bogen gegeben wurden, so stellte sich dieser stets als der Kauf einer Mehrzahl von einzelnen Sachen zu einem Preise für das Ganze dar. Dieses ist das Kennzeichen, das schon bei oberflächlicher Betrachtung deutlich wird: die besondere Art der Preisbestimmung. Sie wollen wir zunächst einer genauen Erörterung unterziehen.

Ganz allgemein steht der Kaufpreis als Käuferleistung der

27) So Staudinger, § 433 I g, § 446 I 3 d; Cosack, § 122 IV 1 b; Warneyer, § 446 IV; u. a.

28) So bei Staub, § 377 Anm. 121, 180, 181, § 382 Anm. 55; Düringer-Hachenburg, S. 90 Anm. 109; Makower, Anhang zu § 377 Anm. XI c 2.

29) Hierzu i. ü. im § 12 d. Arbeit.

Leistung des Verkäufers, der Verschaffung des Kaufgegenstandes gegenüber. Als Entgelt soll der Kaufpreis dem Kaufgegenstand annähernd gleichwertig sein. Der Bestimmung des Kaufpreises geht daher logischerweise eine Wertfeststellung des Kaufgegenstandes voraus. Im normalen Falle geschieht dieses bei einer Mehrheit von Kaufsachen dadurch, daß man den Wert für jedes einzelne Stück oder für die Maß- oder Gewichtseinheit (per Zentner) bestimmt und die gewonnenen Werte addiert oder mit der Maß- oder Gewichtsziffer multipliziert. Steht bei Abschluß des Kaufvertrages der genaue Umfang des Kaufgegenstandes noch nicht fest, so sieht man oft von der endgültigen Nennung der Preissumme ab und beschränkt sich auf die Feststellung des Preises für die Maßeinheit.

Zu dieser bei dem normalen Kauf einer Sachmehrheit üblichen Preisgestaltung bildet nun diejenige des Kaufs in Bausch und Bogen einen eindeutigen Gegensatz. Hier erscheint nicht der Kaufgegenstand in seiner Gliederung, in seiner Teilbarkeit, hier liefern nicht die Einzelstücke oder das Einheitsmaß die Bausteine, aus denen sich die Mehrheit zusammenfügt. Der Ausgangspunkt der Betrachtung steht dem vielmehr diametral gegenüber. In erster Linie, grundsätzlich überhaupt allein, zeigt sich hier der Kaufgegenstand in seiner Gesamtheit, als Ganzes, als einheitlicher Gegenstand. Das zeigt am klarsten, am deutlichsten die Art der Preisgestaltung: der Preis für das Kaufganze ist der Gesamtpreis[30]), der nur in einer einzelnen Geldsumme besteht und keinerlei Beziehung zu der Gliederung des Kaufgegenstandes, den einzelnen Stücken aufweist. So wird z. B. die ganze Markensammlung für den Gesamtpreis von 800 Reichsmark verkauft ohne Rücksicht darauf, wieviel Stücke einzelner Wertgruppen sich in dieser Sammlung finden; so wird von einer Textilfirma der gesamte Bestand unmodern gewordener Waren zum Gesamtpreis von 2000 Reichsmark verkauft, ohne daß die Werte der einzelnen Stücke oder Warengruppen genannt werden; so verkauft schließlich der Eigentümer des durch eine Explosion zerstörten Fabrikgeländes das gesamte auf dem Grundstück ruhende Metall zum Gesamtpreis von 1700 Reichsmark, ohne daß der Wert der einzelnen Teile hinreichend festgestellt wird, ohne daß auch nur der Schrott von den wertvolleren Teilen gesondert wird.

In allen diesen Fällen — das ist das Charakteristische — ist der in dem Vertrage jeweils genannte Kaufpreis ein Bauschpreis, ein Preis, der lediglich für das Kaufganze als selbständige in sich geschlossene Einheit bestimmt wird. Die einzelnen Stücke bleiben völlig außer Betracht.

---

30) So die unbestrittene Ansicht in Lehre und Rechtsprechung. Vgl. Oertmann in Ehrenberg a.a.O. S. 352; Dernburg a.a.O. § 169 V; Endemann a.a.O. S. 947 Anm. 25; Gareis a.a.O. S. 605 ff. und die dort angegebenen Entscheidungen, insbes. ROHG. X Nr. 79, S. 348, 349.

Dieses ist das unterscheidende Merkmal auch heute noch und es liegt immer dann kein Kauf in Bausch und Bogen vor, wenn der Kaufpreis in irgendeiner Weise aus Einzelpreisen errechnet ist, auch dann nicht, wenn von einem dem Vertrage zugrunde gelegten Rechnungsergebnis noch ein die Kaufsumme abrundender Abzug gemacht wird. In dem letzten Falle besteht ja nur scheinbar ein selbständiger Gesamtpreis; denn im Hintergrunde bleibt die Berechnung, der Aufbau aus den Einzelwerten, maßgebend, der Bauschpreis verlangt aber eine völlige Unabhängigkeit.

Diese Preisbestimmung schließt natürlich — das ergibt die vernünftige Ueberlegung — nicht aus, daß jede Vertragspartei, um sich von der Rentabilität zu überzeugen, von sich aus Berechnungen anstellt, sei es nun auf Grund eigener Kenntnis der Zusammensetzung der Kaufmasse, sei es erst mittels besonderer Schätzungen. Diese Berechnungen, die ja mehr oder minder eingehend bei jedem Kauf in Bausch und Bogen vorgenommen werden, lassen dessen Natur solange unberührt, wie sie nicht zur Geschäftsgrundlage gemacht werden. Erst da, wo sie in den Kaufverhandlungen erscheinen, und hier zur Berechnung des Kaufpreises führen, zerstören sie das Begriffsmerkmal des absoluten Gesamtpreises und damit den Kauf in Bausch und Bogen als solchen.

Weiterhin schließt der Begriff dieses Kaufes nicht aus, daß vom Verkäufer über die Zusammensetzung des Kaufgegenstandes, die Art und Beschaffenheit seiner Bestandteile Angaben gemacht werden. Die Selbständigkeit des Gesamtpreises erfordert nur, daß diese Angaben nicht zur Grundlage der Preisfestsetzung gemacht werden. Sie dürfen über den Rahmen einer „nur beiläufigen Beschreibung" nicht hinausgehen[31]). So dürfte in dem schon angeführten Beispiel des Verkaufes aller Eisenteile der Verkäufer die Mengenangaben in der Form machen: „die auf dem Grundstück ruhenden Eisenteile von etwa 5000 kg Schrott und etwa 4000 kg Maschinenstahl in Bausch und Bogen zum Gesamtpreis von 1500 Reichsmark". Es handelt sich hier um bloße unverbindliche Mengenangaben, aus denen eine rechnerische Beziehung zum Kaufgegenstand nicht erkennbar ist, vorausgesetzt natürlich, daß sich aus den sonstigen Umständen nicht etwas anderes ergibt.

Diese Art der Preisbestimmung — absoluter Bauschpreis gegenüber der geschlossenen Einheit des Kaufgegenstandes — wird von der gesamten Literatur als ein wesentliches Begriffsmerkmal angesehen[32]). Gerade auch die sonst zwiespältige Lehre des gemeinen Rechts ist sich in diesem Punkte einig — mit gutem Grunde; denn die von ihr stets herangezogene Quellenstelle unterscheidet ja gerade die emtio venditio ad mensuram vel

31) Bayr.ObLG. Entsch. v. 16. 10. 1893; Seuff.Arch. 49 Nr. 156 S. 272.
32) Vgl. Fußnote 30

quantitatem sehr scharf von der emtio venditio per aversionem[33]). Auch die Lehre des Landrechts betont stets dieses Erfordernis[34]).

§ 5. Der Kaufgegenstand.

a) Spezies.

Die besondere Wirkung dieser Art der Preisbestimmung erschöpft sich nun nicht in der bloßen Festlegung des Kaufpreises in einer einheitlichen Geldsumme. Sie zeigt sich vielmehr darüber hinaus auch in der Gestaltung des Kaufgegenstandes.

Die genannte Preisbestimmung hat nur da Sinn, wo die Leistung des Verkäufers ihrerseits ebenfalls eine in sich geschlossene, eine bestimmte ist. Sie schließt den Gattungskauf vom Kauf in Bausch und Bogen aus. Wird nämlich eine Mehrheit von gattungsmäßig bestimmten Sachen verkauft, so zeigt der Kaufpreis notwendig Abhängigkeit von der Zusammensetzung der Leistung des Verkäufers, da dann ja die Bestandteile des Kaufgegenstandes einzeln oder nach ihrem Maß, ihrer Zahl, oder ihrem Gewicht aufgeführt werden müssen — eben darin liegt die gattungsmäßige Bestimmung. Gegenstand des Kaufs in Bausch und Bogen ist daher stets eine speziell bestimmte Sachmehrheit, eine Sachmehrheit, die von vornherein durch gewisse äußere Umstände, z. B. das Vorhandensein in einem bestimmten Lagerraum, festgelegt ist.

Daneben kann allerdings auch noch eine gattungsmäßige Bestimmung vorliegen, z. B. „die Damenmäntel der letzten Wintermode in dem Warenlager eines Kaufhauses". Das für die Natur des Kaufs Bestimmende ist hier aber nicht die Gattung, sondern das Vorhandensein in dem Warenlager; da nicht eine Auswahl aus der Gattung getroffen wird, sondern alles zu dieser Gattung Gehörende, soweit es vorhanden ist, verkauft wird. Es liegt also kein Gattungsverkauf sondern ein reiner Speziskauf vor.

b) vertretbare Sachen.

In augenscheinlicher Anlehnung an die bereits erörterte Auffassung von Gruchot, der Kauf in Bausch und Bogen beschränke sich auf fungible Sachen[35]), wendet Berolzheimer, der Verfasser einer vielzitierten Abhandlung über die „Haftung für Mindermaß beim Kauf in Bausch und Bogen", diesen nur auf gleichartige Sachen, die nach Maß, Zahl und Gewicht be-

33) Gareis (a.a.O. S. 605 ff.) sagt: „Die Preisbestimmung wird hier per aversionem, abgewandten Gesichts, d. h. ohne Anlegung des sonst üblichen Detailmaßstabes getroffen".

34) Eccius, a.a.O. § 128 D; Dernburg, preuß., a.a.O. § 140; Fischer a.a.O. S. 400.

35) Vgl. oben § 2 S. 9. Gruchot a.a.O. S. 471.

stimmbar seien, an, also auf vertretbare Schen[36]). Die Besonderheit des Kaufs in Bausch und Bogen liege eben darin, daß hier die Bestimmung des Gegenstandes nicht durch Maß, Zahl oder Gewicht geschehe.

Für eine solche Ansicht fehlt aber im heutigen bürgerlichen Recht jede Grundlage. Es besteht keine Veranlassung, den Kauf in Bausch und Bogen, der sich uns bis jetzt lediglich als der Kauf einer Sachmehrheit — beliebigen Inhalts — zu einem Gesamtpreis darstellte, auf vertretbare Sachen zu beschränken. Die Begründung, die ihr Gruchot[37]) gegeben hat: nur bei dieser Sachgruppe zeige sich die Sondernatur des Kaufs in Bausch und Bogen, findet im heutigen Recht jedenfalls keine Stütze. Auch im gemeinen Recht wurde sie lebhaft angegriffen.

Die praktische Anwendung zeigt klar, daß der Kauf in Bausch und Bogen für jede beliebige Sachgesamtheit möglich ist und nicht etwa abweichende Wirkungen zeitigt, wenn eine Masse nicht vertretbarer Sachen seinen Gegenstand bildet. Es läßt sich nicht einsehen, warum z. B. der Verkauf des Warenlagers einer Spielwarenfirma, das sich gewiß aus den verschiedensten Sachen zusammensetzt, anders behandelt werden soll als der Verkauf eines Baumwollagers in Bausch und Bogen. Die Auffassung Berolzheimers ist daher abzulehnen. Sie steht übrigens auch in Lehre und Rechtsprechung vereinzelt da.

c) Sachinbegriff.

Häufig erscheint der Kauf in Bausch und Bogen im Zusammenhang mit dem Begriff „Sachinbegriff". Er wird aber oft nicht scharf von diesem unterschieden[38]). Beide Begriffe sind weder gleichwertig, noch decken sie sich. Das Wesen des Inbegriffs liegt eben in dem „Begriff", unter dem eine Mehrzahl von Sachen zusammengefaßt wird. Die klassischen Beispiele sind die Herde[39]) und die Bibliothek[40]). Es gehören dahin aber auch Gesamtheiten wie das Gesamtgut nach Aufhebung der Gütergemeinschaft[41]). Es handelt sich bei allen um eine Mehrheit von Gegenständen, die nicht anders als eben durch den Begriff, den gemeinsamen Namen zu bezeichnen sind.

Aus dieser Feststellung ergibt sich ohne weiteres der Gegensatz zu dem Kauf in Bausch und Bogen. Bei diesem liegt die

---

36) Berolzheimer a.a.O. S. 456 ff.: „Den Vertragsgegenstand bildet eine individuell bestimmte Mehrheit von gleichartigen Sachen, eine Gesamtsache, eine Sachgesamtheit, nach Maß, Zahl und Gewicht bestimmbar, doch als Ganzes ohne Ausscheidung der darin enthaltenen Teile und regelmäßig unter einer Kollektivbezeichnung". Diese z. T. ziemlich mißverständliche Erklärung zeigt deutliche Anlehnung an die bekannte Quellenstelle: Gaius l. 35 § 5 D (18, 1).

37) Vgl. oben § 2 S. 9 und a.a.O. S. 471.

38) Vgl. z. B. Giercke a.a.O. Bd. 3 § 192 IV 5.

39) Schon in den Quellen, wie gerade l. 35 § 6 D de contr. emt. (18, 1) zeigt.

40) RG. 73, 238.

Zusammenfassung des Kaufgegenstandes allein in dem örtlichen Beisammensein, gleichgültig, ob dieses durch einen Begriff bestimmt wird oder nicht. Das allein Maßgebende ist die Tatsache des Dort-Vorhandenseins. Dem Begriff wird, wenn ein solcher überhaupt gegeben wird, rechtlich keinerlei Beachtung geschenkt. Er ist weder für den Umfang des Kaufgegenstandes noch für irgendwelche Rechtsfolgen von Bedeutung.

So wird z. B. bei dem Verkauf der Einrichtung eines Schlosses in Bausch und Bogen keine Rücksicht darauf genommen, ob auch Stücke, die an sich wesentlich für den Begriff einer „Einrichtung" sind, noch vorhanden sind oder ob Stücke, die an sich nicht zu der Einrichtung gehören und vielleicht nur aus Liebhaberei angeschafft sind, hinzugekommen sind. Das in den Räumen des Schlosses Vorhandene wird ausnahmslos verkauft — alles Andere ist nicht Gegenstand des Kaufvertrages.

Man kann daher auch nicht etwa den Kauf eines Inbegriffs als einen Sonderfall des Kaufs in Bausch und Bogen ansehen. Es können die zu einem Inbegriff gehörenden Sachen jederzeit Gegenstand eines Kaufs in Bausch und Bogen sein. Nur ist dann nicht der „Inbegriff" das bestimmende Merkmal des Vertrages. Er ist für Umfang und Beschaffenheit der Sachgesamtheit gleichgültig. Der Kaufgegenstand wird gewissermaßen zu einer amorphen Kaufmasse, die „in Bausch und Bogen" Gegenstand des Vertrages ist.

d) Zubehör.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich schon, daß der Käufer wegen des Zubehörs keine besonderen Ansprüche stellen kann. Soweit dieses vorhanden ist, gehört es mit den anderen vorhandenen Sachen zum Kaufgegenstand. Darüber hinaus reicht der Vertrag nicht, da er eben in Bausch und Bogen, d. h. unter Einbeziehung alles Vorhandenen, abgeschlossen ist. Der Zubehörbegriff gewinnt daher bei diesem Kauf keine praktische Bedeutung.

§ 6. Absehen von den Einzelstücken?

Der Charakter eines jeden Vertrages wird durch seinen Tatbestand und seine Rechtsfolgen festgelegt. Bei den im BGB. aufgeführten Vertragstypen wird dieser Tatbestand schon im Gesetz genau umrissen. So liegt z. B. ein Kaufvertrag vor, wenn seine beiden Bestandteile — Verpflichtung zur Besitz- und Eigentumsverschaffung einerseits und zur Preiszahlung andererseits — vorhanden sind. Haben wir es nun mit einem besonderen Kauftypus zu tun, so müssen zu diesem Tatbestand noch ein oder mehrere besondere Merkmale hinzutreten, die die Abart näher bestimmen.

41) OLG. Hamburg 30, 133.

Meistens handelt es sich da um eine besondere Regelung der beiden Hauptverpflichtungen. So wird z. B. bei dem Kauf unter Eigentumsvorbehalt die Eigentumsverschaffung — ein Teil der Hauptverpflichtung — von der vollständigen Zahlung des Kaufpreises abhängig gemacht.

Die Aenderung kann aber auch die Rechtsfolgen betreffen, während der Tatbestand in seiner gewöhnlichen und allgemeinen Form erhalten bleibt. Eine solche Sonderregelung finden wir z. B. bei dem Kauf nach Probe, wo die zugesicherten Eigenschaften des § 459 Absatz II BGB. schon durch die Probe festgelegt werden.

Bei der in dieser Arbeit zur Erörterung stehenden Sonderart, dem Kauf in Bausch und Bogen, haben wir uns bisher zur Feststellung der Abweichungen auf die Hauptbestandteile des Vertrages, auf Leistung und Gegenleistung, beschränkt. Die Untersuchung wäre also im folgenden auch auf die Rechtsfolgen auszudehnen, um festzustellen, ob sich daraus auch andere besondere Merkmale ergeben, die eine noch engere Abgrenzung des Bausch- und Bogenkaufs hervorrufen und für sein Wesen charakteristisch sind. Vorauszuschicken ist, daß es sich hier nur um einen notwendigen Bestandteil handeln kann: Nicht in Frage kommen solche Teile, die zwar häufige Begleiterscheinungen, nicht aber unausbleibliche Bestandteile sind.

Wir haben also nach einer Erscheinung beim Bausch- und Bogenkauf zu forschen, die eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Ordnung der Rechtsfolgen dieses Kaufs begründet. Wir haben in dieser Hinsicht schon mehrfach die Probleme der Gefahrtragung und der Gewährleistung erwähnt. Hier sind zuerst vom Allgemeinen Landrecht Sonderbestimmungen getroffen worden, die eine Abweichung von den gewöhnlichen Kaufregeln darstellen.

Während nämlich grundsätzlich im Allgemeinen Landrecht (wie ja auch im heutigen Recht) die Gefahr mit der Uebergabe der Sache auf den Käufer übergeht, trägt beim Kauf in Bausch und Bogen der Käufer die Gefahr für die einzelnen Stücke schon von dem Abschluß des Vertrages an[42]). Andererseits finden die gewöhnlichen Gewährleistungsregeln beim Kauf in Bausch und Bogen keine Anwendung, soweit es sich um die Anzahl und Beschaffenheit der einzelnen Stücke handelt[43]). Die Haftung des Verkäufers beschränkt sich hier auf ausdrückliche Zusicherungen[44]).

Aus dem bisher erörterten Teil des Tatbestandes ließe sich eine solche Abweichung allein nicht begründen; es muß ihr ein weiteres Merkmal zugrunde liegen. Als solches Merkmal käme eine besondere Absicht der Parteien in Betracht, beim Kauf in

42) ALR. §§ 117, 120 Teil I Titel 11.
43) ALR. § 213 Teil I Titel 11.
44) ALR. § 123 Teil I Titel 11.

Bausch und Bogen von den einzelnen Stücken absehen zu wollen. Nur dann lassen sich die genannten Bestimmungen erklären und begründen. Folgerichtig findet sich diese Begründung auch in der landrechtlichen Lehre.

Muß eine solche Parteiabsicht auch bei dem heutigen Begriff des Kaufs in Bausch und Bogen angenommen werden? — m. a. W., gehört es notwendig zum Begriff des Kaufs in Bausch und Bogen, daß die Parteien von den einzelnen Stücken absehen?

Die Motive lehnen die Auffassung des preußischen Allgemeinen Landrechts ab[45]): jene Unterstellung treffe keineswegs allgemein zu, wenn auch in nicht seltenen Fällen in concreto die Absicht der Parteien auf ein Absehen von dem Untergange einzelner Stücke oder deren Beschaffenheit gerichtet sei.

Die Stellungnahme der Literatur zu dieser Frage ist sehr unsicher und auch nicht ohne Widersprüche. Die weitaus größere Mehrzahl lehnt jedenfalls die genannte Parteiabsicht als notwendiges Merkmal ab, wenn es auch bei manchen zunächst zweifelhaft erscheint.

So spricht Staub[46]) anfangs zwar von der regelmäßigen (d. h. also nicht notwendigen) Parteiabsicht. Dann aber stellt er fest: „die Vereinbarung eines Bauschpreises ist nicht entscheidend für die Annahme eines Kaufs in Bausch und Bogen, bei dem es auf einzelne Stücke nicht ankommen soll". Hier ist der Relativsatz als erläuternde Beifügung anzusehen und somit der Kauf in Bausch und Bogen (bei dem es auf einzelne Stücke nicht ankommen soll) der bloßen Vereinbarung eines Bauschpreises gegenüberstellt. Damit würde sich also die Absicht der Parteien als wesentliches Begriffsmerkmal darstellen.

Doch sprechen gegen eine solche Auslegung verschiedene Gründe. Zunächst bezeichnet Staub die Absicht, wie gesagt, als eine nur regelmäßige. Sodann läßt er im folgenden Satze auch bei Fehlen dieser Absicht den Kauf in Bausch und Bogen als solchen bestehen, obwohl er dann die Vorschriften über den Kauf „einzelner bestimmter Stücke" anwendet. Schließlich sagt er an anderer Stelle[47]), daß „beim Verkauf in Bausch und Bogen .... häufig .... ohne weiteres ein Vertragswille dahin zu erkennen sei, daß ....". Auch dieses spricht dafür, daß Staub die Parteiabsicht nur als eine häufige Begleiterscheinung, nicht aber als ein Begriffsmerkmal ansieht. Er knüpft ja auch die besonderen Rechtsfolgen nicht eigentlich an die Tatsache, daß ein Kauf „in Bausch und Bogen" geschlossen ist, sondern er läßt sie nur dann eintreten, wenn ein dahingehender Parteiwille auf irgendeine Weise erkennbar wird.

45) Motive II, 324.
46) Staub a.a.O. § 382 Anm. 55.
47) Staub a.a.O. § 377 Anm. 181.

Diese Einstellung finden wir in der Literatur sehr stark vertreten. Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller[48]) geht von der Parteiabsicht im Einzelfall aus und stellt zu der Natur des Kaufs nur eine mehr oder minder lose, äußerliche Beziehung her. Aus Aeußerungen wie: „es wird häufig anzunehmen sein“[49]) oder „es entspricht regelmäßig der Parteiabsicht“[50]) geht dieses klar hervor. Auch da, wo, wie bei Oertmann[51]) und Makower[52]), eine entsprechende Parteiabsicht vermutet, im Zweifel angenommen wird, ist die Möglichkeit, daß sie fehlen könne, von vornherein zugegeben.

Staudinger[53]) leitet den Ausschluß der Gewährleistungspflicht aus der Natur des Kaufs her, für die Frage der Gefahrtragung schließt er sich jedoch der oben genannten Gruppe an. Das Vorliegen einer dahingehenden Parteiabsicht sei Tatfrage.

Endemann[54]) stellt die Abweichungen beim Kauf in Bausch und Bogen bezüglich der Gefahrtragung und der Gewährleistung ebenso wie das allgemeine Landrecht ganz allgemein und ohne Einschränkung fest. Er begründet dieses mit der Art der Bestimmung des Kaufgegenstandes. Hier werde von der genauen Bestimmung der Anzahl und Beschaffenheit der einzelnen Kaufsachen abgesehen. Damit werde dann auch der zufällige Untergang und die Verschlechterung der Einzelstücke aus der Haftung des Verkäufers ausgeschieden.

Inwieweit diese Folgerung hinsichtlich der Rechtsfolgen im Einzelfalle richtig ist, müssen wir der Untersuchung der genannten Probleme im zweiten und dritten Abschnitt dieser Arbeit vorbehalten. Ob sich aber aus der Art der Bestimmung des Kaufgegenstandes notwendig auf die Absicht der Parteien schließen läßt, von den einzelnen Stücken absehen zu wollen, bedarf schon hier einer Klärung; denn hier liegt der Kernpunkt des Problems, ob die Parteiabsicht Wesensmerkmal ist oder nicht.

Eine direkte Erörterung dieser Frage vermeidet Endemann zwar, doch muß er eine entsprechende Parteiabsicht annehmen, um seine Folgerung logisch begründen zu können. Nur wenn mit der nicht genauen Bestimmung der Anzahl und Beschaffenheit der einzelnen Kaufsachen die Absicht verbunden ist, auch die Haftung zu vermindern, kann Endemann seinen Schluß mit Recht ziehen.

Es steht fest, daß beim Kauf in Bausch und Bogen die Bestimmung der einzelnen Kaufgegenstände stark in den Hinter-

48) Enneccerus a.a.O. § 326 2 d; Düringer-Hachenburg a.a.O. S. 90 Anm. 109; v. Gierke a.a.O. § 192 IV 5; Goldmann-Lilienthal a.a.O. § 131 I 7; Warneyer a.a.O. § 446 IV u. a.

49) Enneccerus a.a.O. § 326 2 d.

50) v. Gierke a.a.O. § 192 IV 5; ebenso Warneyer a.a.O. § 446 IV u. a. m.

51) Oertmann in Ehrenbg. a.a.O. § 352 ff. b β αα.

52) Makower a.a.O. Anh. zu § 377 Anm. XI c 2.

53) Staudinger a.a.O. § 433 I g.

54) Endemann a.a.O. S. 947 Anm. 25.

grund gedrückt wird. Zum großen Teil erklärt sich dieses daraus, daß hier der Kaufgegenstand nur als Ganzes in seiner räumlichen Begrenzung zu dem Kaufpreis in Beziehung gesetzt wird. Der Forderung der eindeutigen Bestimmtheit des Kaufgegenstandes wird Genüge getan. Bei der Spezifizierung würde es sich nur mehr um eine beschreibende Maßnahme handeln.

Endemann schließt nun daraus, daß von einer genauen Bestimmung der Anzahl und Beschaffenheit abgesehen wird, auf eine Beschränkung der Haftung des Verkäufers. Ein solcher Schluß ist m. E. zum mindesten sehr gewagt. Sehen wir einmal ganz von dem Fall des Bausch- und Bogenkaufs ab und konstruieren nur einen Kaufvertrag, der über eine Mehrheit von Sachen abgeschlossen wird. Der Käufer kennt den Kaufgegenstand genau und hat sich auf Grund seiner Berechnungen von der Rentabilität des Geschäfts überzeugt. Er will den Vertrag nur über diesen Gegenstand abschließen und müßte bei Fehlen eines Stückes auf Grund neuer Berechnungen zu einem anderen Preise kommen. Er hat also ein großes Interesse daran, bei dem zugesagten Preise den Kaufgegenstand auch in dem ursprünglichen Umfange zu erhalten. Der Vertrag wird abgeschlossen und in dem Vertrage der Gegenstand ohne Spezifizierung der Einzelstücke genannt. Auch hier wird „von der genauen Bestimmung der Anzahl und Beschaffenheit der Kaufsachen abgesehen". Aber man kann keineswegs darauf schließen, daß damit auch von den Einzelstücken als solchen abgesehen werde; das Gegenteil ist vielmehr der Fall.

Man kann also die Folgerung Endemanns nicht als schlüssig bezeichnen. Seine Ansicht ist daher für die Erörterung des Problems: ist die Parteiabsicht, von der Anzahl und Beschaffenheit einzelner Stücke absehen zu wollen, Wesensmerkmal des Kaufs in Bausch und Bogen oder nicht? nicht zu verwerten. Und nur diese Frage kann uns einstweilen beschäftigen. Die Rechtsfolgen selbst sind in den späteren Abschnitten zu behandeln.

In der Literatur ist demnach die Meinung, daß die in Frage stehende Parteiabsicht zum Wesen des Kaufs in Bausch und Bogen gehöre, in begründeter Form nicht vertreten.

Höchstrichterliche Entscheidungen sprechen sich über die Frage unmittelbar überhaupt nicht aus. Wir können ihnen aber entnehmen, daß die Einstellung die gleiche ist wie in der Literatur: die Abweichungen sind zwar regelmäßig, nicht aber notwendig beim Kauf in Bausch und Bogen gewollt[55]).

Von der heutigen Lehre wird also im allgemeinen die Auffassung des Allgemeinen Landrechts, daß der Käufer beim Kauf in Bausch und Bogen von den einzelnen Stücken der Gesamtheit absehe, abgelehnt. Anerkannt wird zwar, daß eine solche

55) Vor allem OLG. Stettin 20. 5. 26, JW. 26, 2003.

Absicht der Parteien regelmäßig mit dieser Art des Verkaufs verknüpft sei; aber es wird allgemein deutlich zum Ausdruck gebracht, daß diese Absicht nicht notwendiger Bestandteil des Begriffs sein kann, da eben auch die gegenteilige Absicht möglich sei.

Diese Auffassung entspricht m. E. am besten der tatsächlichen Stellung des Kaufs in Bausch und Bogen. Gerade die Bezeichnung „in Bausch und Bogen" zeigt ja, daß es sich hier um einen Kauf handelt, dessen Kern in der weitestmöglichen Zusammenfassung zunächst des Gegenstandes, dann aber auch des Preises liegt, nicht aber von vornherein in einer Vorwegnahme gegebener Rechte. In dem Kauf selbst ist jedenfalls eine solche Vorwegnahme noch nicht begründet. Damit soll natürlich nicht geleugnet werden, daß tatsächlich in den weitaus meisten Fällen die Absicht dahin geht, von den einzelnen Stükken doch abzusehen.

Wieweit sich aus der Natur des Kaufs und seinen besonderen Tatumständen auf eine solche Absicht im Einzelfall schließen läßt, kann erst bei der praktischen Erörterung der Gefahrtragung und der Gewährleistung geklärt werden. Hier kann es sich nur darum handeln, die Begriffsmerkmale festzustellen, d. h. den Tatbestand, der notwendig bei einem Kauf in Bausch und Bogen vorhanden sein muß.

Wir kommen mithin zu dem negativen Ergebnis, daß ein Absehen der Parteien von den einzelnen Stücken nicht notwendig zum Begriff des Kaufs in Bausch und Bogen gehört.

§ 7. Der Begriff.

In den bisherigen Erörterungen (§§ 4—6 d. Arbeit) haben wir versucht, die Merkmale des Kaufs in Bausch und Bogen zu finden, durch welche dieser sich begrifflich von dem normalen Kaufvertrag unterscheidet. In kurzer Zusammenfassung ergibt sich folgendes Bild:

Das deutlichste Kennzeichen ist die Art der Preisbestimmung. Der Kaufpreis ist ein Gesamtpreis. Er ergreift den Kaufgegenstand als geschlossenes Ganzes und soll nicht die Summe der Vergütungen für die einzelnen Bestandteile des Kaufgegenstandes darstellen. Er muß absolut bestimmt sein, darf keine Beziehung zu dem Kaufgegenstand in seiner inhaltlichen Gliederung haben. Er besteht daher auch stets in einer festen, einheitlichen Geldsumme. Ein Gegenstück zu dieser Art der Preisgestaltung zeigte sich bei dem Kauf einer Mehrheit zu einem bloßen Bauschpreise, der durch rechnerische Operationen aus den Einzelpreisen entstanden ist. In solchem Falle fehlt der unabhängig von der Zusammensetzung des Kaufgegenstandes bestimmte absolute Gesamtpreis, der das charakteristische Merkmal des Kaufs in Bausch und Bogen ist.

Aus der Art dieser Preisbestimmung ergibt sich mit Notwendigkeit, daß sie nur bei dem Kauf einer Spezies Anwendung finden kann. Der Gattungskauf setzt das Bekanntsein der Gattung, damit also die Kenntnis des Einzelstückes oder des Einzelmaßes in seiner gattungsmäßigen Zugehörigkeit voraus. Der Kauf in Bausch und Bogen sieht aber gerade von einer solchen Bestimmtheit der Bestandteile des Kaufgegenstandes ab, wie die Preisbestimmung zeigt. Die Bestimmtheit ist vielmehr nur eine umfassende, die den gesamten Kaufgegenstand als einheitliche Masse ergreift. Diese Masse kann daher nur eine spezielle sein, da sie, als Einzelgegenstand genommen, in dieser Zusammensetzung eben nur einmal besteht. Das kommt auch darin zum Ausdruck, daß einerseits nur das Vorhandene, dieses andererseits aber auch vollständig Gegenstand des Kaufs in Bausch und Bogen ist. Die Tatsache des Vorhandenseins allein bestimmt den Umfang des Kaufgegenstandes.

Irgendwelchen Beschränkungen bezüglich seiner Zusammensetzung unterliegt der Kaufgegenstand nicht. Es sind daher sowohl vertretbare als auch nicht vertretbare Sachen Gegenstand des Kaufs in Bausch und Bogen. Auch Sachen, die in ihrer Gesamtheit gleichzeitig einen Sachinbegriff bilden, können in Bausch und Bogen gekauft werden. Die Inbegriffseigenschaft ist dann allerdings nicht mehr entscheidend für die Zugehörigkeit zum Kaufgegenstand — wie bei dem gewöhnlichen Kauf eines Inbegriffs — sondern allein das Vorhandensein in der örtlichen oder sonst tatsächlichen Begrenzung.

Sonstige Merkmale lassen sich nicht feststellen. Insbesondere kann nicht eine besondere Parteiabsicht, von den einzelnen Bestandteilen des jeweiligen Kaufgegenstandes auch bezüglich der Gefahr- oder Mängelhaftung absehen zu wollen, als notwendig zum Begriff dieses Kauftypus gehörend angenommen werden. Daß tatsächlich eine solche Absicht sehr häufig festzustellen ist, kann daher für den Begriff nicht entscheidend sein.

Das Wesen des Kaufs in Bausch und Bogen liegt somit allein in der rein äußerlichen Tatsache, daß eine Mehrheit von Sachen als eine in sich geschlossene Einheit, als Einzelgegenstand aufgefaßt wird. Dieses kommt am stärksten, wenn nicht allein, in der Art der Preisbestimmung zum Ausdruck.

Die Definition des Kaufs in Bausch und Bogen muß daher lauten:

Der Kauf in Bausch und Bogen ist der Kauf einer speziellen Mehrzahl von Sachen zu einem absoluten, zu den Einzelgliedern des Kaufgegenstandes nicht in Beziehung stehenden Gesamtpreise.

3. Kapitel.

ABGRENZUNG.

§ 8. Die Klausel „wie es steht und liegt".

In diesem und den folgenden Paragraphen soll eine Reihe von Kauftypen und Kaufklauseln behandelt werden, die wegen ihres häufigen Zusammentreffens mit dem Kauf in Bausch und Bogen einer scharfen Abgrenzung bedürfen.

Es sei in diesem Zusammenhange zuerst die Klausel „wie es steht und liegt" als die nächststehende erörtert. In ihrer engen Verbindung mit dem Kauf in Bausch und Bogen taucht sie zum ersten Mal im Preußischen Allgemeinen Landrecht auf, wo sie, wie schon gesagt, die Legaldefinition dieses Kaufs bildet [56]). Die gleiche Stellung nimmt die Klausel im Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch ein, wo allerdings ihre Natur als selbständige Klausel zurücktritt [57]).

Die enge Verbindung, die die Klausel in den genannten Gesetzen zu dem Kauf in Bausch und Bogen hat, verführt dazu, sie begrifflich diesem auch heute gleichzusetzen. Diese Ansicht scheint auch mehrfach in der Literatur vertreten zu werden [58]). Bei näherer Betrachtung wird man sie aber nicht aufrechterhalten können.

Gerade das Entscheidende fehlt der Klausel: das Merkmal des absolut bestimmten Gesamtpreises. Es fehlt überhaupt jede Beziehung zu der Art der Preisgestaltung. Das Hauptgewicht liegt vielmehr in einem Ausschluß der Mängelhaftung, wie heute fast allseitig anerkannt wird.

Man kann sagen, daß die Entwicklung der Begriffe „in Bausch und Bogen" und „wie es steht und liegt" aus einer gemeinsamen Wurzel nach zwei einander entgegengesetzten Richtungen gelaufen ist. Der „Kauf in Pausch und Bogen" des Allgemeinen Landrechts, der gesetzlich einen Ausschluß der Gefahr- und Sachmängelhaftung für die einzelnen Stücke enthielt, ist zum bloßen Kauf einer Sachmehrheit zu einem absoluten Gesamtpreise geworden, der begrifflich keinerlei Abweichungen in den Rechtsfolgen zeitigt. Andererseits aber ist die Klausel „wie es steht und liegt" zu einer bloßen Gewährklausel [59]) herabgesunken, die in gegenständlicher Beziehung keine Bedeutung

56) Vgl. Preuß. ALR. Teil I Titel 11 §§ 83 ff., 117.

57) Vgl. a.a.O. § 930.

58) Z. B. bei Dernburg a.a.O. § 169 V; Enneccerus a.a.O. § 326 2 d; ähnlich auch Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 446 Anm. 6 c.

59) RGR.Komm. § 459 Anm. 2; Gruchot, Bd. 63 S. 222; Warn.Rspr. Nr. 281; RG. 31, 162; JW. 1906 S. 549; Staub-Koenige 2. Aufl. 1929 § 360 Nr. 2. RG. 44 S. 234: Die gleiche Bedeutung hat die beim Verkauf gebrauchter Schiffe vorkommende Klausel „wie es reilt und seilt". Sie schließt die Haftung des Verkäufers für alle sich an dem Schiff herausstellenden Mängel aus, sofern nicht der Käufer arglistig getäuscht ist. Die Fahrfähigkeit des Schiffes wird durch die Klausel nicht gewährleistet. Vgl. Handelskammergutachten in „Handelsrecht und Handelsbrauch" Bd. 1 Heft 4 S. 620.

mehr hat. Irreführend scheint mir allerdings die von Bellmer[60]) vertretene Auffassung, daß die Klausel regelmäßig nur bei Verkäufen von gattungsmäßig bestimmten Waren oder bei Grundstücksverkäufen vorkomme. Tatsächlich läßt sich doch wohl im Gegenstande keine Begrenzung der Klausel „wie es steht und liegt" rechtfertigen, wenn sie auch gerade bei Grundstückskäufen[61]) besonders häufig vorkommt.

Es kann ein Kauf unter der Klausel „wie es steht und liegt" sehr wohl ein Kauf in Bausch und Bogen sein, wie ja auch schon früher die Tatsache anerkannt worden ist, daß bezüglich einer in Bausch und Bogen gekauften Masse der Verkäufer sehr häufig die Haftung für Mängel in Zahl und Beschaffenheit der Einzelstücke ablehnt und dieses, soweit die Natur des Kaufgegenstandes es zuläßt, auch durch die hier erörterte Klausel, die ja eine reine Gewährklausel ist, tun kann. Beide Begriffe decken sich aber auch in solchem Falle nicht, sondern sie ergänzen sich nur.

Wir müssen demnach festhalten: die Klausel „wie es steht und liegt" ist eine reine Gewährleistungsklausel. Sie will lediglich die Mängelhaftung des Verkäufers ausschließen[62]). Ueber einen von der Regel abweichenden Gefahrübergang sagt sie nichts aus — entgegen ihrer Bedeutung im preußischen Allgemeinen Landrecht[63]). Ebenso fehlt ihr jede Unterscheidung von Mängeln der Gesamtsache und denen der einzelnen Bestandteile. Sie hat also im geltenden Recht einen völlig anderen Sinn bekommen: einzig und allein der Ausschluß jeglicher Mängelhaftung[64]).

Aus dieser Feststellung ergibt sich der grundlegende Unterschied zu dem Kauf in Bausch und Bogen, dessen Ziel keineswegs die besondere Gestaltung der Gewährleistungs- (oder auch Gefahrtragungs-)pflichten des Verkäufers ist. Die im preußischen Allgemeinen Landrecht und im Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch bestehende Gleichsetzung kann also im heutigen Recht nicht aufrechterhalten werden.

---

60) a.a.O. S. 52.

61) Nach dem Gutachten der Industrie- und Handelskammer Berlin in Dove-Meyerstein „Gutachten über Handelsbräuche" Band IV 1930 S. 281 Nr. 1389, wird durch die Klausel „das Grundstück wird mit allem Zubehör, wie es steht und liegt" verkauft, nicht jede Gewährleistung ausgeschlossen. Der Verkäufer wird vielmehr nur von der Haftung für erkennbare Mängel befreit. Anders dagegen z. B. im Holzhandel, wie das Gutachten derselben Handelskammer, a.a.O. Band I S. 157 Nr. 629, zeigt.

62) RGR.Komm. § 459 Anm. 2; Gruchot, Bd. 63 S. 222; Warneyer, Rspr. Nr. 281; RG. 31 S. 162; JW. 1906 S. 549; Staub-Koenige 2. Aufl. 1929 § 360 Nr. 2.

63) RG. Warn., Rspr. 1926 Nr. 44.

64) A. M. Staub-Koenige § 360 Anm. 5, der sie der Klausel „tel-quel" gleichsetzt. Wieweit diese Auffassung vertreten werden kann, ist streitig und auch örtlich verschieden. Vgl. auch Fußnote 61 d. Arbeit.

Wenn einzelne Schriftsteller[65]) sie dennoch übernehmen, so muß dieser Standpunkt als durch die tatsächliche Entwicklung überholt abgelehnt werden.

§ 9. Der Ramschkauf.

In diesem Zusammenhange ist als weiterer Vertragstypus der Ramschkauf zu nenen. Schon die Gebrüder Grimm[66]) tun einer niederdeutschen Bezeichnung „im ramp kopen" in engem Zusammenhange mit dem Kauf in Bausch und Bogen Erwähnung und es ist mit Sicherheit anzunehmen, daß diese auf den „Ramschkauf" zurückgeht.

Der sogenannte Ramschkauf ist der Kauf von „Ramschware". Dieser Begriff ist kein einheitlicher, festabgegrenzter. Er schwankt mit den jeweiligen Ansprüchen der Käuferschaft. Er ist ein Sammelbegriff für alle die Waren, die aus der Mode gekommen sind oder deren Güte aus sonstigen Gründen erheblich unter dem mittleren Durchschnitt liegt und die daher weit unter Marktpreis abgestoßen werden sollen. Für Konfektionserzeugnisse bringt ein Gutachten der Ostthüringischen Industrie- und Handelskammer in Gera sehr instruktive Beispiele, von denen hier einige angeführt werden mögen[67]). Es sind danach zum Beispiel Merkmale der Ramschware: Fabrikationsfehler, sei es in Bezug auf das Gewebe, sei es in Bezug auf die Farbe. Ferner gehören hierher entweder in der Fabrik oder auf dem Lager des Einzel- oder Großhändlers angeschmutzte oder verblaßte, schließlich auch unmodern gewordene oder bei der Verarbeitung verschnittene Waren.

Aus dieser Aufzählung ergibt sich mit aller Deutlichkeit, daß der Ramschkauf begrifflich keinen Zusammenhang mit dem Kauf in Bausch und Bogen hat, daß er vielmehr nur rein äußerlich mit diesem zusammentreffen kann. Die Natur des Kaufgegenstandes ergibt, daß solches Zusammentreffen keineswegs selten ist. Die Ramschwaren sind Waren, die schnell losgeschlagen werden sollen und daher nicht einzeln auf ihren Wert untersucht werden, der ja jedenfalls unter dem Marktwert liegt. Man wählt daher auch häufig die Form des Kaufs in Bausch und Bogen, indem man die gesamte Warenmenge für einen Gesamtpreis verkauft — die aus den bisherigen Erörterungen zur Genüge bekannte Vereinbarung des absoluten Bauschpreises.

Häufig ist auch die für Ramschware gewählte Bezeichnung

---

65) Enneccerus a.a.O. § 326 2 d; Warneyer a.a.O. § 446 IV; Dernburg a.a.O. § 169 V.

66) Gebr. Grimm a.a.O. Stichwort „Bausch" Ziffer 7.

67) Gutachten vom 14. Mai 1928; abgedruckt in „Handelsrecht und Handelsbrauch" 1929 S. 358 f.; vgl. auch die Gutachten der Industrie- und Handelskammer Berlin, abgedruckt in Dove-Meyerstein, „Gutachten über Handelsbräuche" Band II S. 299 Nr. 1188 und S. 304 Nr. 1205.

„Partieware" [68]). Es handelt sich hier im Grunde um den gleichen Begriff, darüber herrscht auch in der Handelskammerpraxis kein Zweifel[69]). Gerade das Wort „Partieware" deutet, stärker noch als das sonst ungebräuchliche Wort „Ramsch", darauf hin, daß bei diesen Gegenständen nicht die einzelnen Stücke, sondern eben „die ganze Partie" verkauft wird. Allerdings braucht damit der Kauf noch kein Kauf in Bausch und Bogen zu sein, da ja auch die ganze Partie gezählt und zu einem, aus den bedeutend herabgesetzten Einzelpreisen errechneten Summenpreis gekauft werden kann, der unter Umständen ein Durchschnittspreis für die jeweilige Warengattung sein kann. So spricht man auch von einem „Partiewert" der Ware als einem bedeutend verminderten Wert[70]). Auch hierbei ist nicht der Wert der gesamten Masse sondern der Wert des Einzelstückes gemeint.

Aus dem Gesagten geht einwandfrei hervor, daß eine begriffliche Beziehung zwischen dem Ramsch- oder Partiewarenkauf und dem Kauf in Bausch und Bogen in keiner Weise besteht. Der Kauf in Bausch und Bogen wird zwar häufig Ramsch- oder Partiewaren zum Gegenstande haben, da diese sich ganz besonders für einen Verkauf in dieser Form eignen. Niemals kann aber der Ramschkauf an sich als Kauf in Bausch und Bogen angesehen werden.

§ 10. Das gewagte Geschäft.

Mehrfach findet man in der Literatur die Ansicht vertreten, der Kauf in Bausch und Bogen trage überhaupt oder in gewissen Grenzen den Charakter eines gewagten Geschäfts[71]). Die genannte Auffassung geht sogar so weit, den Hoffnungskauf zum Vergleich heranzuziehen, wenn auch Crome einräumt, daß bei jenem das aleatorische Moment stärker sei[72]). Das zwingt uns, auch zu dieser Frage Stellung zu nehmen und eine klare Scheidung zu geben.

Wenn wir beide Begriffe — Kauf in Bausch und Bogen und

---

68) Vgl. Gutachten der Industrie- und Handelskammer Berlin in Dove-Meyerstein „Gutachten über Handelsbräuche" in der Konfektionsbranche: Bd. II S. 65 Nr. 205 und S. 304 Nr. 1205; Ansichtskartenbranche: Bd. II S. 299 Nr. 1188; Seidenbranche: Bd. II S. 327 Nr. 1295; Weinbranche: Bd. I S 176 Nr. 709.

69) Vgl. vor allem Gutachten der Industrie- und Handelskammer Berlin in Dove-Meyerstein Bd. II S. 304 Nr. 1205.

70) Gutachten der Industrie- und Handelskammer Berlin C 2986/31 (XII A 4) veröffentlicht in den Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer zu Berlin Heft 1 Seite 31: Partiewert hat grundsätzlich den Verkauf zu Schleuderpreisen zur Folge.

71) Endemann a.a.O. S. 931 3 a; Crome a.a.O. § 212 2 b; RG.Räte a.a.O. § 459 Bem. 5 d.

72) Crome a.a.O.: „Dieser Kauf hat etwas aleatorisches (wie der Hoffnungskauf, wenn auch nicht in demselben Maße).

gewagtes Geschäft — einander gegenüberstellen, so müssen wir von jenen Fällen absehen, wo der Kauf in Bausch und Bogen aus anderen Gründen ein gewagtes Geschäft darstellt, wenn z. B. der gesamte Ertrag eines Weingutes für einen absoluten Gesamtpreis verkauft wird. Auf solche Fälle wollen sich die genannten Schriftsteller aber anscheinend auch gar nicht stützen. Sie sehen das Wagnis vielmehr ganz allgemein darin, daß beim Kauf in Bausch und Bogen der Kaufgegenstand nicht in seiner Einzelgliederung bekannt sei, daß also der Käufer über den Wert oder Umfang des Kaufgegenstandes beim Vertragsschluß im unklaren sei.

Bei dem Kauf in Bausch und Bogen an sich muß aber m. E. der aleatorische Charakter verneint werden. Ein solcher ist doch nur da gegeben, wo der Zufall eine gewisse Rolle spielt, wo jedenfalls für den Beteiligten die Möglichkeit ausgeschlossen ist, den tatsächlichen Umfang des Kaufgegenstandes auch nur oberflächlich zu bestimmen. Schätzungen, Berechnungen, Erfahrungen müssen versagen; erst dann kann man von einem W a g n i s sprechen.

Bei dem Kauf in Bausch und Bogen ist aber doch gerade für diese Bestimmungsmöglichkeiten Raum gelassen. Normalerweise kann der Käufer sich den Kaufgegenstand eingehend besichtigen und daraus seine Schlüsse auf den Wert der Masse ziehen. Gewisse Unsicherheiten, die in der Bestimmungsart selber liegen und die je nach der persönlichen Befähigung des Einzelnen mehr oder minder groß sind, können nicht zu Lasten des Geschäfts gehen. Maßgebend ist vielmehr, daß tatsächlich der einzelne Käufer die Möglichkeit hat, sich ein bestimmtes Bild von dem Umfang des Kaufgegenstandes zu machen. Diese Möglichkeit ist beim Kauf in Bausch und Bogen grundsätzlich gegeben. Daß häufig die Mängelhaftung ausgeschlossen ist und die Gefahr für die einzelnen Stücke schon mit dem Kaufabschluß auf den Käufer übergeht, ist bedeutungslos, wie ja auch ein gewöhnlicher Handelskauf nicht dadurch zum gewagten Geschäft wird, daß entsprechende Vereinbarungen bezüglich der Gewährleistung für Sachmängel oder Gefahrtragung getroffen werden. Wieweit hier allerdings die jeweilige Absicht der Parteien, von der Anzahl und Beschaffenheit der einzelnen Stücke absehen zu wollen, ins Gewicht fällt, mag in den folgenden Abschnitten noch näher erörtert werden. Daß eine solche Absicht nicht notwendig zum Begriff des Kaufs in Bausch und Bogen gehört, ist bereits in dem § 6 dieser Arbeit festgestellt worden. Damit entfällt auch die Möglichkeit, daß das genannte Absehen der Parteien dem Kauf in Bausch und Bogen als solchem ganz allgemein den Charakter eines gewagten Geschäfts geben könnte.

Aus der besonderen Gestaltung des Bausch- und Bogen-Kaufs lassen sich aleatorische Momente nicht herleiten. Von dem Hoffnungskauf scheidet ihn das grundlegende Merkmal

der subjektiven Unbestimmbarkeit des Kaufgegenstandes. Begrifflich trägt der Kauf in Bausch und Bogen nicht den Charakter eines gewagten Geschäfts.

Zweiter Abschnitt.

DIE GEFAHRTRAGUNG BEIM KAUF IN BAUSCH UND BOGEN.

1. Kapitel.

ALLGEMEINES.

§ 11. Ueberleitung.

Bei den nun folgenden Erörterungen muß unsere Einstellung zu dem Gegenstande der Untersuchung eine andere werden. War es bisher die Aufgabe, den notwendigen Inhalt des Kaufs in Bausch und Bogen festzustellen und daraus seinen Begriff, seine charakteristischen Merkmale zu entwickeln, so gilt es jetzt, zu Erscheinungen Stellung zu nehmen, deren — notwendigen — Zusammenhang mit dem Begriff des hier in Frage stehenden Geschäfte wir vorher abgelehnt haben. Ist doch festgestellt worden, daß der Kauf in Bausch und Bogen begrifflich keine Veranlassung zu einer von der gesetzlichen Regelung abweichenden Behandlung der Fragen der Gefahrtragung (§ 446 f. BGB.) und der Gewährleistung (§§ 459 ff. BGB.) gibt. Die Erklärung lag darin, daß eine besondere Absicht der Parteien, von den einzelnen Bestandteilen der verkauften Masse absehen zu wollen, keineswegs notwendig mit dieser Form des Kaufvertrages verknüpft ist.

Wenn wir dennoch diese Fragen eingehend auch für das heutige Recht erörtern, so kann es sich nur um ein Aufzeigen des regelmäßig Vorkommenden und den Nachweis einer gewissen Richtung handeln, die aber der Abänderung durch den Parteiwillen im Einzelfall unterliegt. Im einzelnen mögen die Ausführungen selbst die Bedeutung und Tragweite einer solchen Regel darstellen.

§ 12. Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag.

Unter „Gefahr" ist in diesem Zusammenhange die Möglichkeit der Beschädigung des gekauften Gegenstandes durch Zufall zu verstehen. Gefahrtragung im wörtlichen Sinne bedeutet demnach die Frage, welche der beiden Vertragsparteien die Folgen des Eintritts eines solchen Gefahrereignisses zu tragen hat, genauer gesagt, die Frage, ob der Kaufpreis zu zahlen ist oder nicht; denn gemeint ist lediglich die Preisgefahr, nicht auch die Schadenshaftung für Zufall.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt die allgemeinen Vorschriften bereits im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse im § 323. § 323 BGB. bestimmt für zweiseitige Schuldverhältnisse, daß der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, wenn die ihm obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat. Der Schuldner trägt also die Gefahr bis zur Erfüllung des Schuldverhältnisses.

Diese Vorschriften werden ergänzt durch die Bestimmungen des Kaufrechts über den Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§§ 446, 447 BGB.). Danach trägt grundsätzlich der Verkäufer der Sache die Gefahr bis zu ihrer Uebergabe [73]) an den Käufer. Mit Recht weist Leonhard [74]) darauf hin, daß das Gesetz aus der Fülle der Rechtsfolgen hier eine beinahe unbedeutende herausgreife. Das Hauptgewicht müsse nicht auf der Gefahrfrage ruhen, sondern auf dem wirtschaftlichen Uebergang, der sich entsprechend vollziehe und dessen Konsequenz eigentlich erst der gleichzeitige Gefahrübergang sei. Es wird auf diese Frage noch einzugehen sein.

Mit diesem Grundsatz des Gefahrübergangs im Zeitpunkt der Uebergabe der Sache an den Käufer hat das Bürgerliche Gesetzbuch den Grundsatz des römischen Rechts, „emtione perfecta periculum est emtoris", aufgegeben und sich eindeutig auf den Boden des deutschen Rechts gestellt, das bereits in einem großen Teil des Reichs durch das Preußische Allgemeine Landrecht Geltung hatte.

Während nun das Allgemeine Landrecht u. a. auch den Kauf in Bausch und Bogen von dem Grundsatz ausnimmt, hat das Bürgerliche Gesetzbuch nur für den Grundstückskauf, den Versendungskauf und den Erbschaftskauf eine abweichende Regelung getroffen. Bei Grundstückskäufen geht die Gefahr bereits mit der Eintragung des Käufers in das Grundbuch auf diesen über, wenn die Eintragung vor der Uebergabe erfolgt (§ 446 Abs. 2 BGB.). Ferner geht, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die Versendung nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte übernimmt, die Gefahr schon auf den Käufer über, wenn der Verkäufer alles seinerseits zur Absendung Erforderliche getan hat. In diesen beiden Fällen handelt es sich nicht eigentlich um Durchbrechungen des Grundsatzes, sondern

---

73) Es erübrigt sich, in diesem Zusammenhange auf den Meinungsstreit darüber einzugehen, was unter „Uebergabe" i. S. d. § 446 BGB. zu verstehen sei, der Eigentumsübergang — so Cosack, Crome, Eccius, Kisch, Titze u. a. — die bloße Besitzübertragung — so Endemann, Goldmann-Lilienthal, Planck u. a. — oder außer dieser auch die Surrogate der §§ 930/931 — so Dernburg, Staudinger-Kober, Düringer-Hachenburg (diese nur § 930), Enneccerus, Adler, Stern u. a. —. Diese Frage hat für unsere vorliegende Erörterung keine Bedeutung, da hier eben die Abweichung von der Regel des Gefahrübergangs mit der Uebergabe der Sache in Frage steht.

74) a.a.O. Besonderes Schuldrecht S. 16 § 8.

um sinngemäße Ausgestaltungen[75]). Eine wirkliche Abweichung enthält dagegen der Erbschaftskauf. Für diesen bestimmt § 2380 BGB., daß die Gefahr schon mit dem Kaufabschluß auf den Käufer übergeht, eine Gestaltung, die dem Kaufrecht des gemeinen Rechts entspricht. Auf die Gründe für diese Bestimmung wird im einzelnen noch später einzugehen sein[76]).

Darüber hinaus unterliegt aber auch dieser Teil des Kaufrechts der freien Parteivereinbarung. Es kann die Gefahrtragung ganz oder teilweise ausgeschlossen werden. Solche Vereinbarungen können auch stillschweigend getroffen werden. Gerade ein solcher stillschweigender Ausschluß der Gefahrtragung wird häufig mit der Vereinbarung eines Kaufs in Bausch und Bogen in Verbindung gebracht[77]). Wieweit diese Annahme gerechtfertigt ist, soll in den folgenden Ausführungen klargestellt werden.

§ 13. Die gesetzliche Regelung der Gefahrfrage beim Kauf in Bausch und Bogen.

Bereits im ersten Teil dieser Arbeit ist die Behandlung der Gefahrfrage in den älteren Gesetzen erörtert worden. Beachtlich sind vor allem die Bestimmungen im Preußischen Allgemeinen Landrecht[78]) und im Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch[79]) mit ihrer Trennung zwischen dem Untergang oder der Verschlechterung der ganzen Masse und deren einzelner Bestandteile. Während die ganze Masse, die Gesamtheit der grundsätzlichen Regelung des Gefahrübergangs mit der Uebergabe unterliegt, trägt der Käufer schon vom Kaufabschluß an die Gefahr für den Untergang bezw. die Verschlechterung der einzelnen Stücke.

Diese Sonderregelung der Gefahrfrage hat verständlicherweise die Forderung hervorgerufen, auch für das neue Bürgerliche Gesetzbuch, das im übrigen die gleichen Grundsätze enthält wie die genannten Rechtsbücher, ähnliche Bestimmungen aufzustellen, auch dem Kauf in Bausch und Bogen eine Sonderstellung bezüglich der Gefahrtragung einzuräumen. Der Gesetzgeber hat dieses abgelehnt. Die Motive[80]) weisen darauf hin,

75) Ebenso bei der Bestimmung des § 56 ZVG., wonach die Gefahr bezgl. des Grundstücks mit dem Zuschlag, bezgl. der anderen Gegenstände mit dem Schlusse der Versteigerung auf den Ersteher übergeht.

76) Vgl. § 15 d. Arbeit.

77) Vgl. Enneccerus a.a.O. § 326 2 d; Cosack a.a.O. § 122 IV 1 b; Dernburg a.a.O. § 169 V; Goldmann-Lilienthal a.a.O. § 131 I 7; Staub a.a.O. Anhang zu § 382 Anm. 55; Endemann a.a.O. S. 947 Anm. 25; Warneyer a.a.O. § 446 IV u. a. m.

78) ALR. Teil I Titel 11 §§ 117 ff.; Fischer a.a.O. S. 400; Dernburg, preuß. a.a.O. § 140; Eccius a.a.O. § 128 D.

79) ABGB. § 1049; Stubenrauch a.a.O. § 1049; Ehrenzweig a.a.O. Bd. II 1 S. 386.

80) Motive a.a.O. II S. 324.

daß eine solche Sonderstellung nur dann begründet sei, wenn dieser Kauf begrifflich eine Beziehung zu der Gefahrfrage habe, wenn also „ein solcher Kauf nicht bloß die den Gegenstand desselben bildenden einzelnen Sachen zu einer Spezies (corpus) zusammenfasse, sondern hierbei der Käufer auch von dem Inhalte des corpus und der Beschaffenheit der einzelnen Bestandteile absehe" [81]).

Mit Recht, das müssen wir nach unseren Feststellungen zugeben, verneint der Gesetzgeber das Vorhandensein einer solchen allgemeingültigen Absicht der Vertragsparteien und folgert daraus das Unzulässige einer gesetzmäßigen Sonderbehandlung des Kaufs in Bausch und Bogen in dem angedeuteten Sinne. Der Kauf in Bausch und Bogen ist hinsichtlich der Gefahrfrage wie jeder andere Kauf einer individuell bestimmten Sache aufzufassen. Er untersteht daher dem Grundsatz des Gefahrübergangs mit der Uebergabe der Sache auch hinsichtlich der einzelnen Bestandteile des Kaufgegenstandes.

Das schließt nicht aus, daß tatsächlich im Einzelfall der Wille der Parteien mit der Form des Bausch- und Bogen-Kaufs auch gleichzeitig die Absicht verbindet, die Masse lediglich in ihrer Gesamtheit zu erfassen und den Untergang oder die Beschaffenheit der einzelnen Stücke als nebensächlich von der Haftung des Verkäufers auszuschließen. Die Motive [82]) räumen ein, daß dieses in nicht seltenen Fällen zutreffen möge. Wieweit die von den Motiven angeregte und darauf in der Literatur mehrfach aufgenommene [83]) Analogie des Erbschaftskaufes maßgebend sein kann, bedarf noch näherer Untersuchung in den folgenden Ausführungen.

Festzuhalten ist die gesetzliche Grundlage: es bleibt der — ausdrücklichen oder stillschweigenden — Parteivereinbarung überlassen, ob bei dem in Bausch und Bogen geschlossenen Verkauf einer Masse der Verkäufer ganz oder teilweise von der Haftung für die einzelnen Bestandteile dieser Masse befreit sein soll.

2. Kapitel.

DIE TRAGWEITE DES KAUFS IN BAUSCH UND BOGEN IN DER GEFAHRFRAGE.

§ 14. Der anerkannte Uebergang der Gefahr der Gesamtheit.

Der Kauf in Bausch und Bogen ist, wie wir gesehen haben, der Kauf einer Gesamtheit. Diese Gesamtheit erfährt gerade hier ihre besonders starke Ausprägung. Sie erscheint in jeder Beziehung als eine in sich geschlossene Einheit und gibt äußer-

81) Motive a.a.O.
82) Motive a.a.O. II S. 324.
83) Crome a.a.O. § 213 3 b; Kuhlenbeck a.a.O.; RG.Räte a.a.O. § 446 Bem. 5.

lich nicht zu erkennen, daß sie in Wahrheit eine aus Einzelsachen zusammengefügte Mehrheit ist.

Als solche Einheit bildet sie den Gegenstand des Kaufs, der insoweit jedenfalls den Bestimmungen des gewöhnlichen Sachkaufs unterliegt. Auch der „Kauf in Pausch und Bogen" des Preußischen Allgemeinen Landrechts zeigte in dieser Beziehung keine Abweichung von der Regel des Gefahrübergangs mit der Uebergabe der Kaufsache. Soweit solche Abweichungen galten, bezogen sie sich nur auf die Anzahl und Beschaffenheit der Einzelstücke [84]). Hinsichtlich der Gesamtheit der Kaufsachen als Einzelgegenstand muß daher die Gefahr entsprechend der Regel des § 446 BGB. bis zur Uebergabe beim Käufer verbleiben.

In der Literatur ist man sich über diese Frage der Gefahr des Kaufganzen auch durchaus einig. Soweit eine Sonderregelung befürwortet wird, geschieht dieses stets nur für die Gefahr des Unterganges oder der Verschlechterung einzelner Stücke [85]). J. v. Gierke [86]) stellt fest, der Käufer habe den Preis für das Ganze versprochen, das im Wechsel seiner Bestandteile dasselbe bleibe. Aehnlich begründet Oertmann [87]) diese Auffassung: „Geschäftsgegenstand sind nach der vermutlichen Parteiabsicht nicht die Stücke als solche, sondern die Kollektion". Schon aus diesen beiden Beispielen ergibt sich m. E. mit aller Deutlichkeit, daß der deutschrechtliche Gefahrgrundsatz auch bei dem Kauf in Bausch und Bogen nicht angetastet werden soll. Es soll die in Bausch und Bogen gekaufte Masse als solche den gleichen Regeln unterliegen wie jeder andere Spezieskauf. Der Käufer verliert also den Anspruch auf den ausgemachten Gesamtpreis, wenn die ganze Masse vor der Uebergabe an den Käufer untergeht, z. B. durch einen auf dem Lagergrundstück ausbrechenden Brand vernichtet wird. Ebenso gehen Verschlechterungen, die der ganze Kaufgegenstand in der genannten Zeitspanne erfährt, nach unbestrittener Ansicht zu Lasten des Verkäufers. So würde der Käufer nicht den vollen Preis zu bezahlen brauchen, wenn das in Bausch und Bogen aufgekaufte Lager an vorjährigen Damenkleidern nach Kaufabschluß durch den Brand zwar nicht vernichtet, aber infolge des Löschwassers beschädigt worden wäre. Diese Auffassung wird wie gesagt ganz allgemein vertreten und hat nichts mit der fraglichen Abweichung des Kaufs in Bausch

84) a.a.O. Teil I Titel 11 § 120: „Wird aber die Sache vor der Uebergabe, durch Zufall oder Schuld des Verkäufers, dergestalt vernichtet, daß gar keine Uebergabe mehr erfolgen kann, so trifft dieser Verlust den Verkäufer".

85) v. Gierke a.a.O. Bd. 3 § 192 IV 5; Düringer-Hachenburg a.a.O. Bd. 3 S. 90 Anm. 109; Staub a.a.O. Anhang zu § 382 Anm. 55; Oertmann in Ehrenberg a.a.O. S. 352 f.; Crome a.a.O. § 213 3 b; Cosack a.a.O. § 122 IV 1 b; Goldmann-Lilienthal a.a.O. § 131 I 7 und zahlreiche andere Schriftsteller.

86) v. Gierke a.a.O. Bd. 3 § 192 IV 5.

87) Oertmann in Ehrenberg a.a.O. S. 352 f.

und Bogen von den Gefahrbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zu tun. Die Gesamtheit als solche ist und bleibt Gegenstand eines gewöhnlichen Spezieskaufs.

§ 15. Der umstrittene Uebergang der Gefahr der einzelnen Bestandteile.

I.

Mit der Herausstellung der Gesamtheit als des in sich geschlossenen Gegenstandes des Kaufs in Bausch und Bogen haben wir bereits die scharfe Trennung von den Einzelstücken vollzogen, welche sich nun ihrerseits als Träger der Sonderbehandlung in der Gefahrfrage zeigen. Wir haben gesehen, daß diese Sonderbehandlung, wo immer sie vertreten wird, sich nicht auf die Gesamtheit als solche bezieht, sondern vielmehr nur auf deren einzelne Bestandteile. Diese Unterscheidung ergab sich eindeutig aus den Bestimmungen des Preußischen Allgemeinen Landrechts[88]) und auch des Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches[89]), sie zeigt sich ferner in der gesamten Literatur[90]). Nur für die Gefahrtragung der einzelnen Bestandteile des Kaufgegenstandes wird eine Sonderregelung in Anspruch genommen.

Sind sich nun aber die Schriftsteller auch hierüber einig, so herrscht doch innerhalb dieses Rahmens die größte Unsicherheit und Unklarheit. Wird die Gefahr überhaupt ausgeschlossen? Ist dieses stets anzunehmen? Umfaßt ein solcher Haftungsausschluß alle Beschädigungen der Einzelsachen? Lassen sich bestimmte Grenzen aufstellen? Gibt das geltende Recht gewisse Anhaltspunkte? Alle diese Fragen werden in der Literatur, soweit sie überhaupt erwähnt werden, nur sehr widerspruchsvoll behandelt. Die Verwirrung ist sicher zum großen Teil auf den Widerstreit früherer gesetzlicher Bestimmungen zurückzuführen, der im geltenden Recht keine Entscheidung gefunden hat. Höchstrichterliche Rechtssprüche fehlen ebenso wie die Gutachten von Handelskammern, die als Gradmesser für die Entwicklung solcher Fragen meist sehr wertvoll sind. Das mag einerseits auf die verhältnismäßig geringe Gebräuchlichkeit des Kaufs in Bausch und Bogen zurückzuführen sein. Andererseits wird man auch den Umstand in Betracht ziehen müssen, daß der Kauf in Bausch und Bogen heute die ausgesprochene Tendenz zeigt, die Gewährleistungshaftung des Verkäufers einzuschränken[91]). Das läßt es dem Verkäufer vielfach zweifelhaft erscheinen, ob er seine Ansprüche mit Erfolg durch-

88) a.a.O. Teil I Titel 11 §§ 117 ff.
89) a.a.O. § 1049.
90) Vgl. die Fußnote 85 dieser Arbeit angegebene Literatur.
91) Im einzelnen ist auf diese Frage noch im dritten Abschnitt der Arbeit einzugehen.

setzen wird. Er verzichtet daher lieber auf einen Rechtsstreit, um nicht noch unnötige Aufwendungen an Prozeßkosten zu riskieren.

Diese allgemein unklare, verschwommene Einstellung mag den Versuch rechtfertigen, mit dem zur Verfügung stehenden Material den Widerstreit der Meinungen zu schlichten, abwegige Ansichten auszuschalten und eine Fassung zu finden, die den tatsächlichen Bedürfnissen des Geschäftsverkehrs wirklich gerecht wird. Nicht der nackte Begriff wird dabei die Entscheidung geben können. Sie muß vielmehr aus dem lebendigen Gebrauch fließen, aus der Handhabung im täglichen Leben.

II.

Eine der ersten Streitfragen ist bereits im ersten Abschnitt bei der Begriffsfindung berührt und entschieden worden: Enthält der Kauf in Bausch und Bogen stets den Ausschluß oder doch eine Einschränkung der Gefahrtragung des Verkäufers? In der Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuch ist diese Frage besonders von Endemann[92]) bejaht worden. Endemann führt das Ausscheiden des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der Einzelstücke aus der Haftung des Verkäufers, das er ganz uneingeschränkt annimmt, darauf zurück, daß bei dem Kauf in Bausch und Bogen von der genauen Bestimmung der Anzahl und Beschaffenheit der Kaufsachen abgesehen werde.

Wir haben bereits ausgeführt, daß eine solche Absicht, wie sie Endemann hier den Parteien unterstellt, keineswegs immer im Zusammenhang mit dem Kauf in Bausch und Bogen vorliegt. Käufer und Verkäufer können sehr wohl eine bestimmt abgegrenzte Partie Waren zu einem Gesamtpreise verkaufen, ohne daß der Käufer auch nur ein Stück verlieren will. Ein solches Risiko wird zwar häufig aber doch keineswegs notwendig vom Käufer übernommen.

Als Beispiel mag hier der Verkauf einer Markensammlung in Bausch und Bogen dienen, ein gerade in der Literatur nicht selten angeführtes Beispiel. Der Verkauf wird sich derart gestalten, daß der Verkäufer die Sammlung, die sich vielleicht in mehreren Bänden befindet, dem Käufer zur Ansicht gibt. Der Käufer kann sich so ein genaues Bild von dem Wert machen. Seine Wertvorstellung wird wahrscheinlich durch das Vorhandensein einiger besonders wertvoller Stücke bestimmt und er dadurch zum Gebot einer bestimmten Preissumme veranlaßt, mit der dieser Kauf zustande kommt. Es soll hierbei von dem Fall abgesehen werden, wo der Käufer die Sammlung nur deshalb kauft, um ein oder mehrere äußerst wervolle Stücke (z. B. Mauritius) zu erwerben. Hier wird, sofern dieser Vertrags-

92) Endemann a.a.O. S. 947 Anm. 25.

zweck Vertragsbestandteil geworden ist, die Gesamtheit durch das Fehlen eines solchen Stückes ganz entscheidend beeinflußt, sodaß selbst bei dem in Bausch und Bogen geschlossenen Verkauf diese Beschädigung als Beschädigung eines (wesentlichen) Bestandteils der Gesamtheit berücksichtigt werden müßte. Das muß als selbstverständlich gelten.

Nun aber der Fall, daß die genannten wertvollen Stücke nicht in den Brennpunkt des Vertrages gerückt sind. Angenommen, es würden durch Verkettung unglücklicher Umstände, z. B. Herauftropfen einer ätzenden Säure, gerade acht bis zehn solcher wertvollen Markenexemplare vor der Uebergabe vernichtet, wodurch die vielleicht aus 5000 Marken bestehende Sammlung in ihrem Bestande als Markensammlung keinesfalls beschädigt würde. Es erscheint mir in einem solchen Falle im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß die Parteien ohne weiteres diesen Zufall als zu Lasten des Erwerbers gehend ansehen, nur weil der Kauf zu einem absoluten Gesamtpreis abgeschlossen ist. Der gewöhnliche Käufer einer Markensammlung wird stets Wert darauf legen, die ganze Sammlung, also auch alle einzelnen Stücke, zu erhalten. Daß er den Kauf in Bausch und Bogen abschließt, hat weder begrifflich noch sonst einen Einfluß in dieser Richtung. Diese Willensrichtung des Käufers wird auch der Verkäufer zunächst unterstellen.

Es ist daher nicht folgerichtig, wenn Endemann aus der Tatsache, daß bei dem Verkauf in Bausch und Bogen von der genauen Bestimmung der Anzahl und Beschaffenheit der einzelnen Kaufsachen abgesehen wird, schließt, daß „damit auch der zufällige Untergang und die Verschlechterung der Einzelstücke ausgeschieden" [94]) werde. Seine Ansicht hat auch in der Literatur kaum Widerhall gefunden. Fast sämtliche Schriftsteller [95]) räumen ein, daß ein solcher Ausschluß der Gefahr für die einzelnen Stücke nur „häufig", „meist" oder „im Zweifel" anzunehmen sei.

III.

Geht nun Endemann in seiner Auffassung über das begründete Maß hinaus, so muß man den entgegengesetzten Fehler der von Adler [97]) vertretenen Ansicht vorwerfen. Adler geht davon aus, daß für den Kauf in Bausch und Bogen hinsichtlich der Gefahrtragung keine Sonderbestimmung gelte. Grundsätzlich verbleibe daher die Gefahr bis zur Uebergabe bezw.

94) Endemann a.a.O S. 947 Anm. 25.

95) Crome a.a.O. § 213 3 b, scheint gleicher Ansicht zu sein, spricht dieses aber nicht völlig bestimmt aus; ebenso Cosack a.a.O. § 122 IV 1 b.

96) v. Gierke a.a.O. Bd. 3 § 192 IV 5; Düringer-Hachenburg a.a.O. Bd. 3 S. 90 Anm. 109; Staub, a.a.O. Anh. zu § 382 Anm. 55; Oertmann in Ehrbg. a.a.O. S. 352 f.; ders. Komm. a.a.O. § 446 A. 6c; Staudinger a.a.O. § 446 I 3d; Enneccerus a.a.O. § 326 2d u. a. m.

97) K. Adler a.a.O. S. 414.

Versendung beim Verkäufer. Nur insoweit übernehme der Käufer die Gefahr schon mit Kaufabschluß, als sich annehmen lasse, „daß eine Verschlechterung oder Verminderung den Kaufpreis nicht erheblich gemindert hätte, falls sie vor Kaufabschluß mit Wissen der Parteien eingetreten wäre", sie sei in diesem Falle als unerheblich i. S. des § 459 BGB. anzusehen[98]). Adler nennt seine Auffassung eine sehr freie; denn der Bestimmung des § 459 BGB. liege ja nicht ein subjektiver, sondern der objektive Wert als Maßstab zugrunde.

Diese Ansicht wird m. E. der wirklichen Sachlage nicht gerecht. Zwar ist es richtig, daß die gesetzliche Regelung keine Einschränkung des Gefahrgrundsatzes vorsieht. Man muß aber die Tendenz dieses Kaufs in Betracht ziehen, die, wie bereits ausgeführt wurde, in der Gewährleistungsfrage sogar auf einen völligen Ausschluß der Gewährleistungspflicht des Verkäufers abzielt[99]). Diese Tendenz zeigt die häufige Einstellung der Vertragsparteien: sie haben die Masse als Ganzes gekauft und keinen entscheidenden Wert auf die genaue Anzahl und Beschaffenheit der einzelnen Glieder gelegt. Der Verkäufer, der nicht nur eine ihrem allgemeinen Bestande nach, sondern auch in allen Einzelgliedern genau bestimmte Sachgesamtheit anbietet, muß für den Bestand auch in den Gliedern einstehen. Sind aber die Glieder gar nicht beachtet worden, so soll auch, das ist gerade bei dem Kauf in Bausch und Bogen häufig die klar hervortretende Meinung der Parteien, die Haftung des Verkäufers sich nicht auf Einzelglieder erstrecken.

Auf diese Zusammenhänge legt Adler anscheinend kein Gewicht. Seine Fassung stellt zwar eine Auflockerung der Bestimmungen über die Gefahrtragung dar. Er verkennt aber das Entscheidende, daß hier nicht einzelne Sachen sondern eine in sich geschlossene Gesamtheit verkauft ist. Die Gefahrtragung bezüglich des Kaufganzen wird überhaupt nicht beschränkt, auch nicht in dem von Adler angegebenen Sinne. Die Gefahrtragung bezüglich der Einzelsachen — Verschlechterung oder Untergang — ist aber, wenn der Parteiwille überhaupt in dieser Richtung geht, völlig ausgeschlossen. Das ergibt sich folgerichtig aus der in solchem Falle vorhandenen Parteieinstellung.

In der praktischen Auswirkung mag vielleicht die Auffassung Adlers häufig zu einem ähnlichen Ergebnis führen wie die hier vertretene Meinung, die zwischen der Gefahr des Ganzen und der Gefahr der Einzelstücke unterscheidet; denn in den meisten Fällen würden die Parteien eine Preisänderung im Sinne Adlers nur dann vornehmen, wenn die Beschädigung der Sachen eine solche des Kaufganzen ist. Für uns kann das Ergebnis aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß Adler den falschen Weg wählt: Adler läßt nur die Größe und Bedeu-

98) K. Adler a.a.O. S. 414.
99) Vgl. den 3. Abschnitt d. Arbeit und die dort angegebene Literatur.

tung, die der einzelne Mangel für die Parteien hat, entscheiden, nicht aber die Frage, ob es sich um einen Mangel des Ganzen oder um einen Mangel der Bestandteile handelt.

IV.

Mit der Ablehnung der Ansicht Adlers haben wir die eigene grundsätzliche Meinung gewonnen: zwar gehört es nicht notwendig zum Kauf in Bausch und Bogen, daß die Parteien von der gesetzlichen Regelung dieses Vertrages abweichen. Liegt aber eine solche Aenderung im Sinne der Vertragschließenden, dann ist sie auf den Ausschluß der Haftung des Verkäufers für die einzelnen Bestandteile des Kaufgegenstandes gerichtet. Mit anderen Worten: in solchem Falle geht die Gefahr des Unterganges oder der Verschlechterung bereits mit dem Kaufabschluß auf den Käufer über.

Diese Auffassung, die sich folgerichtig aus der Natur des Kaufgegenstandes ergibt, wird heute auch in der Literatur ganz allgemein vertreten[100]). Unter der Einschränkung, daß die genannte Parteiabsicht nur „häufig" oder „meist" oder „im Zweifel" vorliege, wird bei fast allen Schriftstellern auf die eigenartige ja schon im Preußischen Allgemeinen Landrecht und im Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch vorhandene Trennung der Gefahrtragung für die einzelnen Stücke und der Gefahrtragung für das Kaufganze hingewiesen. Rechtssprüche sind, wie schon ausgeführt, in dieser Frage überhaupt nicht veröffentlicht worden, so daß wir leider über die Einstellung der Gerichte keine Angaben zur Verfügung haben.

Es tut sich nun die weitere Frage auf, wann eigentlich der Ausschluß der Gefahrtragung im Sinne der Parteien liegt. Gibt es bestimmte Anzeichen für eine solche Parteiabsicht, die ja nicht stets im Zusammenhang mit dem Kauf in Bausch und Bogen auftritt? In richtiger Erkenntnis der Notwendigkeit haben schon die Motive[101]) einen solchen „Fingerzeig" gegeben. Sie verweisen auf den § 494 des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch, den späteren § 2380 des BGB.:

> Der Käufer trägt von dem Abschlusse des Kaufes an die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung der Erbschaftsgegenstände.

Dieser „Tip" ist einerseits von der Literatur lebhaft aufgenommen worden, hat andererseits aber auch scharfe Angriffe erfahren. Insbesondere ist es wieder Adler[102]), der eine solche Auslegung als zu frei bekämpft. Es müsse „zur Willkür führen",

100) Düringer-Hachenburg a.a.O. Bd. 3 S. 90 Anm. 109; Staub a.a.O. Anhang zu § 382 Anm. 55; Oertmann in Ehrenbg. a.a.O. Bd. IV 2 S. 353 b β αα; ders. Komm. a.a.O. § 446 Anm. 6 c; Staudinger a.a.O. § 446 I 3 d und zahlreiche Andere.

101) Motive a.a.O. Bd. II S. 324 .

102) Adler a.a.O. S. 414.

wenn der Richter die Freiheit habe, dem § 2380 BGB. auf den Kauf in Bausch und Bogen anzuwenden oder auch nicht anzuwenden. Adler bestreitet, daß zwischen den beiden Vertragstypen eine innere Analogie bestehe, „weil beim Erbschaftskauf der Erbe besondere Opfer zu bringen pflege, um einen geringen Kaufpreis sicher zu haben, und weil die Abwälzung des Schicksals der Verlassenschaft in Gedeih und Verderb der ausgesprochene Zweck des Erbschaftskaufs, nicht aber der des Kaufs in Bausch und Bogen sei" [103]).

Dem ist zunächst entgegenzusetzen, daß unter den gegebenen Umständen eine „Willkür" wohl kaum zu befürchten ist. Es soll nach der Anregung der Motive ja stets der Parteiwille im Einzelfall untersucht werden. Gibt er zu einer analogen Anwendung der fraglichen Gesetzesvorschrift keine Handhabe, so wird auch wohl kaum ein deutsches Gericht den Kauf in Bausch und Bogen entsprechend behandeln. Daß ein solcher Wille aber nicht ohne weiteres ausgeschlossen ist, ergibt sich schon daraus, daß wir es hier mit freien Vereinbarungen zu tun haben, die von der Regelvorschrift des § 446 BGB. abweichen.

Der Frage, ob eine „innere Analogie" zwischen dem Erbschaftskauf und dem Kauf in Bausch und Bogen besteht, muß zunächst die Frage nach der Natur des Erbschaftskaufs, insbesondere nach dem in der Bestimmung des § 2380 BGB. zutage tretenden Parteiwillen vorausgehen. Die Motive, die die analoge Anwendung selbst anregen, führen aus, die fragliche Bestimmung beruhe auf der Auffassung, daß hinsichtlich der obligatorischen Rechtsbeziehungen der Parteien Gegenstand des Erbschaftskaufes nicht die einzelnen Erbschaftsgegenstände, sondern vielmehr die Erbschaft „als juristisches Ganzes" bilde. Außerdem sei auch davon auszugehen, daß nicht der Verkäufer sondern der Käufer als Erbe erscheine. Daraus wiederum sei zu folgern, daß der Käufer, der rückwirkend Erbe werde, auch die Gefahr schon mit dem Abschluß des Kaufvertrages übernehmen müsse. So ergebe sich aus der besonderen Natur des Erbschaftskaufs auch dessen von der Regel abweichende Festsetzung des Gefahrübergangs.

Dieser von den Motiven dargelegten Auffassung hat sich eine ganze Reihe von Schriftstellern angeschlossen [104]), zu denen auch Adler gehört. Adler verschärft allerdings noch das Moment der Abwälzung des Erbschaftsschicksals auf den Erwerber als ausgesprochenen Zweck des Erbschaftskaufs. Aus dieser Einstellung heraus wird allerdings seine krasse Ablehnung einer Analogie verständlich. M. E. geht sie aber dennoch von falschen Voraussetzungen aus.

---

103) Adler a.a.O. S. 414.

104) Staudinger a.a.O. Anm. zu § 2380; Planck a.a.O. Anm. zu § 2380; Adler a.a.O. S. 414 u. a.

Zwar mag es richtig sein, daß der Verkäufer der Erbschaft seinerseits oft ein überwiegendes Interesse daran hat, das Risiko der Erbschaft abzuwälzen, und daß er aus diesem Grunde auch besondere Opfer bringt, um einen unter dem Wert liegenden Preis sicher zu haben. Es mag auch sein, daß in einzelnen Fällen der Käufer hofft, aus dieser Einstellung des Kontrahenten Vorteil zu ziehen. Juristisch genommen, wird diese Absicht aber nicht Vertragsinhalt. Vertragsinhalt ist vielmehr nur das auch von den Motiven hervorgehobene „juristische Ganze", die in sich geschlossene Einheit des Kaufgegenstandes und damit verbunden die Absicht, die Erbschaft als Ganzes zu verkaufen, ohne daß wegen einzelner sich nach Vertragsschluß einstellender Mängel oder Verluste noch komplizierte Umrechnungen stattfinden sollen. Diese Ansicht wird eindeutig von v. Gierke[105]) und Leonhard[106]) vertreten. Besonders Leonhard führt klar aus: „Entscheidend ist vielmehr, daß nicht einzelne Sachen, sondern ein ganzer Inbegriff verkauft ist. Es werden regelmäßig aber nur einzelne Sachen untergehen; dadurch kann die Gegenleistungspflicht nicht ganz aufgehoben werden, wenn man hier eine verhältnismäßige Herabsetzung vornehmen wollte"[107]).

Dieser Auffassung werden wir uns als der den tatsächlichen Verhältnissen am besten entsprechenden anschließen müssen. Der Ansicht Adlers läßt sich unter allen Umständen entgegenhalten, daß es natürlicherweise nicht entscheidend sein kann, ob gerade eine Erbschaft Gegenstand des Kaufs ist. Letzten Endes muß es gleichgültig sein, ob das geringe Interesse des Erben oder ein anderer Grund, vor allem die Notwendigkeit, eine Masse sofort zu Geld zu machen, zu einem Verkauf mit der angebenen Einstellung der Parteien führt. Es mag zugegeben werden, daß diese Einstellung den Erben vorwiegend eigen ist. Aber nicht die Eigenschaft einer Erbschaft, sondern eben die Auffassung, die Masse als einheitliches Ganzes zum Gegenstand des Kaufs zu machen, ist das Bestimmende und die Vorschrift des § 2380 BGB. rechtfertigende Merkmal des Erbschaftskaufs[108]).

Wenn wir aber von diesem Gesichtspunkte aus die Frage einer Analogie des Erbschaftskaufs betrachten, erscheint solche Möglichkeit nicht mehr ausgeschlossen. Tatsächlich ist doch der Fall nicht selten, daß aus Gründen finanzieller Bedrängnis oder wegen einer baulichen Veränderung z. B. eine Warenmasse,

105) v. Gierke a.a.O. Bd. 3 § 192 IV 5.
106) Leonhard, Erbrecht a.a.O. § 2380 I.
107) Leonhard, Erbrecht a.a.O. § 2380 I.
108) Diese Ansicht wird übrigens auch im gemeinen Recht ganz eindeutig vertreten. Vgl. Beckmann a.a.O. § 222 V: „Derselbe (der Erbschaftskauf) ist notwendig ein Einheitskauf, und auch der Preis wird hier regelmäßig, wenn auch nicht notwendig, von Anfang an als Einheitspreis bestimmt sein".

ein Lager schnellstens „losgeschlagen" wird und der Verkäufer den ausgesprochenen Zweck verfolgt, gegen einen gewissen Preisnachlaß von allen Weiterungen verschont zu bleiben. Er verkauft die Masse daher in Bausch und Bogen zu einem bestimmten Gesamtpreis und will hier die ganze Masse als Einheit aufgefaßt wissen. Sein Vorteil liegt in der vollständigen Räumung oder in der schnellen Flüssigmachung des Kapitals. Der Vorteil des Käufers liegt wiederum in dem günstigen Kaufpreise, für den er Mängel an einzelnen Stücken in Kauf nimmt. Solche Fälle haben deutlich die gleiche Grundlage wie der Erbschaftskauf. Eine Analogie erscheint daher nicht so abwegig, wie sie Adler darstellt. Ob sie tatsächlich gerechtfertigt ist, müssen in jedem Fall die Umstände ergeben; sie läßt sich aber nicht grundsätzlich ablehnen.

Andererseits ist der erwähnte Analogieschluß nur ein einzelnes nicht zu verallgemeinerndes Mittel zur Feststellung des Vertragsinhalts. Die Umstände des Einzelfalles können durchaus gegen eine Analogie sprechen und dennoch zu einem Ausschluß der Gefahrtragung führen. Ob allerdings, wie Dernburg[109]) annimmt, die Bestimmungen des Preußischen Allgemeinen Landrechts einen Fingerzeig geben können, erscheint mir gerade deshalb fraglich, weil es sich dabei um Gesetzesbestimmungen handelt, die von der falschen Voraussetzung ausgehen, daß der Wille der Vertragsparteien stets darauf gerichtet sei, die Haftung des Verkäufers für Untergang oder Verschlechterung der Einzelstücke auszuschließen. Dieser Wille soll aber gerade Grundlage für die Abweichung, also erst zu erforschen sein.

§ 16. Zusammenfassung.

Die Aufgabe der Erörterungen dieses Abschnittes war es, die Beziehungen zwischen der Vereinbarung eines Kaufs in Bausch und Bogen und der Regelung der Gefahrfrage klarzustellen. Wir haben gesehen, daß es grundsätzlich bei der gesetzlichen Regelung des § 446 BGB. verbleibt. Uneingeschränkt gilt dieses für den Kaufgegenstand als Ganzes, so daß der Verkäufer, wenn die gesamte Masse vor der Uebergabe an den Käufer durch Zufall untergeht oder sich verschlechtert, seinen Kaufpreisanspruch ganz oder zum entsprechenden Teil verliert. Eine Abweichung von diesem Grundsatz kommt beim Kauf in Bausch und Bogen nur hinsichtlich der einzelnen Bestandteile des Kaufgegenstandes in Frage. Notwendig ist die Abweichung aber auch hier nicht. Sie ist nur dann als gewollt anzusehen, wenn die Parteien ein so entscheidendes Gewicht auf den Kaufgegenstand als geschlossene Gesamtheit legen, daß daneben ihr Interesse an der Anzahl und Beschaffenheit der Einzel-

109) Dernburg a.a.O. § 169 V.

stücke völlig in den Hintergrund tritt. Dieses ist in besonderem Maße anzunehmen, wenn die Parteien schon von vornherein mit gewissen Mängeln rechnen und sie in ihre eigene Gewinnkalkulation stillschweigend einbeziehen.

Ein solcher Wille der Parteien, lediglich die geschlossene Gesamtheit als Kaufgegenstand anzusehen, ist, wie gesagt, nicht begrifflich an den Kauf in Bausch und Bogen gebunden. Die Ansicht Endemanns haben wir daher abgelehnt. Wir sind auch nicht berechtigt, eine abweichende Gefahrvereinbarung bei diesem Kauf etwa zu vermuten. Es müssen vielmehr besondere Umstände positiv für eine solche Annahme sprechen. In dieser Richtung kann auch die Analogie des Erbschaftskaufs verwertet werden, da bei diesem Kauf der Wille der Parteien, den Kaufgegenstand als Einheit aufzufassen, besonders stark ausgeprägt ist, was den Gesetzgeber zu der von der Regel abweichenden Bestimmung des § 2380 BGB. veranlaßt hat. Die von Adler gegen eine solche Analogie erhobenen Angriffe sind, wie wir gesehen haben, unbegründet.

Natürlich ist die Analogie des Erbschaftskaufs nicht die einzige Möglichkeit, um zu einer Feststellung der Parteiabsicht im Einzelfall zu gelangen. Es bedarf aber stets der Feststellung dieser Absicht, um die Abweichung zu rechtfertigen. Diese wird sich dann aber auch nicht auf das von Adler angegebene enge Maß beschränken, sondern sich auf den völligen Ausschluß der Gefahrtragung des Verkäufers für Untergang und Verschlechterung der Einzelstücke erstrecken.

Die Besonderheit des Kaufs in Bausch und Bogen liegt eben darin, daß das Ganze des Kaufgegenstandes eine so unzerstörbare Geschlossenheit erlangt, daß demgegenüber eine Aenderung in dem Bestand der Einzelstücke keine Bedeutung gewinnen kann. Dieses führt dann häufig zu der abweichenden Gestaltung der Gefahrregelung.

Dritter Abschnitt.

DIE SACHGEWÄHRLEISTUNG BEIM KAUF IN BAUSCH UND BOGEN.

1. Kapitel.

ALLGEMEINES.

§ 17. Die Gewährleistung beim Kaufvertrag.

Der Schutz des Käufers gegen Mängel der gekauften Sache ist schon alt. So gab das römische Zivilrecht dem Käufer einen Schadensersatzanspruch, wenn der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hatte oder wenn die von ihm zugesicherte Eigenschaft fehlte. Durch das Aedilizische Edikt ist dann das Recht auf Wandlung oder Minderung eingeführt worden, wel-

ches das heutige bürgerliche Recht in zwei Fällen gewährt, einmal, wenn die Sachen mit Fehlern behaftet sind, und dann, wenn ihnen eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, wobei unter „Fehler" „eine für den Käufer ungünstige Abweichung von der normalen Beschaffenheit der Sache"[110]) zu verstehen ist. Die Rechtsbehelfe der Wandlung und Minderung werden ergänzt durch einen Schadensersatzanspruch, den der Käufer an ihrer Stelle geltend machen kann, wenn der Sache die zugesicherte Eigenschaft bereits zur Zeit des Kaufabschlusses gefehlt hat und wenn der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen oder fahrlässigerweise nicht genannt hat[110a]).

Diese Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sache hat insbesondere im Handelsverkehr eine ganz außerordentliche Bedeutung gewonnen. Die Einzelfragen der praktischen Durchführung, die Mängelrüge und ihre Befristung, die Feststellung der Fehler und ihre Abgrenzung gegen die Lieferung einer anderen Ware — eines „aliud" — alle diese Fragen haben eine umfangreiche Literatur hervorgerufen, die sich ganz eingehend mit den vielfältigen Möglichkeiten der Praxis auseinandergesetzt hat.

Einen nicht geringen Teil dieser Literatur nimmt nun die Frage der Beschränkung oder des Ausschlusses der Mängelhaftung durch Parteivereinbarung ein.

Auch diese Gesetzesbestimmungen sind ja, abgesehen von der über die Arglisthaftung, Dispositivvorschriften, die der freien Abänderung durch die Parteien unterliegen. Von dieser Möglichkeit ist in reichem Maße Gebrauch gemacht worden. So hat sich ein ganzer Rechtszweig entwickelt, der versucht, die Verträge den Bedürfnissen des Handelsverkehrs im Einzelfalle anzupassen. Es ist dieses das große Gebiet der Handelsklauseln, die in einzelnen Geschäftszweigen entstanden sind und häufig schon ganz allgemeine Bedeutung gewonnen haben.

Zu den Klauseln, die eine Einschränkung oder den Ausschluß der Gewährleistung des Verkäufers für Sachmängel zum Gegenstand haben, zählen vor allem die Klauseln: „die Ware, wie sie steht und liegt"[111]), bei Schiffen: „wie es reilt und seilt"[112]), „wie besehen"[113]), „nach Besicht" und die sehr umstrittene Klausel „tel quel"[114]).

In früheren Gesetzen[115]) wurde auch dem Kauf in Bausch und Bogen eine solche Bedeutung beigelegt. Eine Haftung hatte

110) Enneccerus a.a.O. § 331 II 1 α.

110 a) So heute allgemein die Rechtslehre, insbesondere Leonhard, Schuldrecht, Besonderer Teil.

111) Staub a.a.O. § 360 Anm. 5.

112) RG. 44 S. 234.

113) Zander a.a.O. S. 8 und bei Gruchot Bd. 49 S. 579. Vgl. auch Hans. OLG. HGZ. 1922 Nr. 144.

114) Heitz a.a.O.; Bellmer a.a.O.; Boden a.a.O.; Schlodtmann a.a.O.

115) Preuß. ALR.; Badisches Landrecht; Oesterr. ABGB.

danach der Verkäufer nur für ausdrücklich zugesicherte Maße und Eigenschaften zu übernehmen. Was also bei den besprochenen Klauseln kraft Handelsbrauchs galt, war hier durch das Gesetz bestimmt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Sonderbehandlung des Kaufs in Bausch und Bogen ebensowenig übernommen wie die im vorigen Abschnitt behandelte abweichende Gefahrregelung. Die Motive enthalten sich zwar in diesem Falle einer Begründung. Man wird aber wohl nicht fehl gehen, wenn man ihre bezüglich der Gefahrfrage vertretene Ansicht [116]) auch auf diesen Fall anwendet, daß sie nämlich eine solche Abweichung von der grundsätzlichen Regelung nicht als notwendig im Sinne der Parteien liegend ansehen.

Wie weit eine solche Auffassung heute gerechtfertigt ist, bedarf noch einer eingehenden Untersuchung. Die Tatsache, daß eine gesetzliche Bestimmung entgegen früheren Rechten im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht enthalten ist, spricht nicht gegen die Annahme, daß bei dem Verkauf in Bausch und Bogen regelmäßig die Mängelhaftung ausgeschlossen ist. Dieser Vertrag wird damit nur der freien Parteiabsicht überlassen, wie sie auch bei allen Gewährleistungsklauseln wirksam ist. Er fügt sich dadurch umso besser in die Bedürfnisse des Handelslebens ein und kann daher mit der Entwicklung der Anschauungen, die ja gerade im Handelsverkehr sehr beweglich ist, Schritt halten.

Für unsere Erörterungen bleibt zunächst als gesetzliche Grundlage ebenso wie in der Gefahrfrage festzustellen:

Es bleibt der — ausdrücklichen oder stillschweigenden — Parteivereinbarung überlassen, ob bei dem in Bausch und Bogen geschlossenen Verkauf einer Masse die Gewährleistung für Sachmängel eingeschränkt oder ausgeschlossen sein soll.

2. Kapitel.

DIE TRAGWEITE DES KAUFS IN BAUSCH UND BOGEN HINSICHTLICH DER GEWÄHRLEISTUNG FÜR SACHMÄNGEL.

§ 18. Die Tragweite des Kaufs im Preußischen Allgemeinen Landrecht.

Im Preußischen Recht wird die Tragweite des Kaufs in Bausch und Bogen schon durch seine Legaldefinition festgestellt. Nach dem Allgemeinen Landrecht wird „alles, wie es steht und liegt", verkauft. Maßgebend für Zustand, also Anzahl und Beschaffenheit der Kaufsachen, ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Was in diesem Zeitpunkt in der durch den Ver-

116) Motive a.a.O. Bd. II S. 324.

trag gegebenen Abgrenzung vorhanden ist, gilt als mitverkauft. Es kann daher beim Kauf in Bausch und Bogen grundsätzlich wegen einer geringeren Lieferung, als der Verkäufer angeboten hatte, kein Gewährleistungsanspruch geltend gemacht werden. Der Käufer muß sich mit dem zufrieden geben, was er vorfindet, es sei denn, daß sich der Umfang des Kaufgegenstandes seit dem Kaufabschluß verändert hätte. Auch dann ist ja aber, wie wir bereits im vorigen Abschnitt erörtert haben, eine Gefahrhaftung nach preußischem Recht nur im Falle der Arglist gegeben.

Die gleiche Regel ergibt sich für die Beschaffenheitsmängel. Es ist alles, w i e es steht und liegt, also in der Beschaffenheit, die der Kaufgegenstand zur Zeit des Vertragsschlusses hat, verkauft. Eine Gewährleistung für Fehler der Kaufsachen, die in der Beschaffenheit liegen, ist also gleichfalls ausgeschlossen. Ein F e h l e r ist eben nach der Auffassung der preußischen Lehre beim Kauf in Bausch und Bogen gar nicht möglich, da als Grundlage hier nicht eine „normale" Beschaffenheit gegeben ist, sondern eben die einzige, besondere Beschaffenheit, die die vorliegende Kaufmasse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hat. Darin zeigt sich wieder die besonders starke Spezieseigenschaft des Kaufgegenstandes, der von vornherein nur einmalig, nämlich in der durch den Vertrag in jeder Hinsicht gegebenen Abgrenzung: „wie es steht und liegt", existiert.

So die grundsätzliche Regelung der Gewährleistung bei dem Kauf in Bausch und Bogen. Demgegenüber weist aber auch das Preußische Allgemeine Landrecht auf die Möglichkeit besonderer Zusicherungen hin. Diese sind zulässig, sie müssen aber ausdrücklich erklärt werden und zerstören insoweit den Charakter des Pauschkaufs. Das Gesetz trennt scharf zwischen nur beiläufig „zur Information des Käufers" [117]) gemachten Angaben, die keine Gewährhaftung erzeugen, und wirklichen auch beim Kauf in Bausch und Bogen zu berücksichtigenden Zusicherungen. Grundsätzlich trifft aber, wie gesagt, den Verkäufer im preußischen Recht keine Gewährleistungshaftung [118]).

§ 19. Die Tendenz der Entwicklung im heutigen Recht.

Wir haben schon im vorigen Abschnitt auf die Tendenz der Entwicklung in der Gewährleistungsfrage hingewiesen und erwähnt, daß man bei dem Kauf in Bausch und Bogen ganz allgemein die Auffassung vorfindet, daß Gewährleistungsansprüche für Sachmängel ausgeschlossen seien. Auffallend ist dieses, weil durch das Bürgerliche Gesetzbuch die Tragweite dieses Kaufs eigentlich eingeschränkt worden ist. Auffallend ist es auch insofern, als der Regelung im Preußischen Recht die eigen-

117) Preuß. ALR. Teil I Titel 11 § 213.
118) Ebenso im Oesterreichischen ABGB. § 930.

artige und heute nicht mehr geltende[119]) Begriffsbestimmung durch den Ausdruck „alles, wie es steht und liegt" zugrunde lag, die ja den Ausschluß der Gewährleistungspflicht von vornherein ergab.

Heute kann der enge Begriff des Kaufs in Bausch und Bogen als solcher keine Grundlage mehr für eine solche Folgerung bieten. Allerdings mag die besondere Gestaltung des Kaufgegenstandes häufig schon von sich aus die Beachtung der einzelnen Stücke und ihrer Beschaffenheit ausschließen, vor allem, wenn ein altes Lager minderwertiger Waren in Bausch und Bogen zu einem Gesamtpreis verkauft wird. Aber der Grund ist dann zunächst nicht in der Natur des Kaufs in Bausch und Bogen zu suchen, sondern in der des Kaufgegenstandes in dem einzelnen besonderen Falle. Darin besteht der grundlegende Unterschied zu der Gestaltung im preußischen Recht. Die Besonderheit des Kaufs in Bausch und Bogen zeigt sich nur in der straffen Zusammenziehung des Kaufgegenstandes einerseits und der des Kaufpreises andererseits zu einer in sich geschlossenen Einheit.

Dennoch ist in der Literatur die Anschauung ganz allgemein verbreitet, daß die Gewährleistung bei einem in Bausch und Bogen geschlossenen Verkaufe stillschweigend ausgeschlossen sei[120]). Selbst wenn man von den Schriftstellern absieht, die deutlich ihre Anlehnung an frühere Rechte erkennen lassen[121]) und daher für die jetzt herrschende Ansicht nicht kennzeichnend sein können, bleibt doch ein großer Teil, der seine Kenntnis aus dem heutigen Handelsverkehr zieht und dennoch zu dem gleichen Ergebnis kommt. Hier dürfte vor allem Dernburg[122]) zu nennen sein, der die Bestimmungen des preußischen Rechts lediglich hilfsweise heranziehen will. Dernburg weist darauf hin, daß zwar an sich über das Maß der Rechte und Verbindlichkeiten die Absicht der Parteien im Einzelfalle entscheiden solle, da eben eine allgemeingültige Bestimmung in dieser Richtung ausdrücklich abgelehnt sei; daß sich aber „die Entwicklung gewisser Durchschnittsregeln durch Wissenschaft und Praxis nicht entbehren lasse, wie sie das Wesen des Geschäfts und das Verkehrsübliche an die Hand gebe"[123]).

Dernburg steht nicht an, die Verkehrsauffassung auch unter der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches dahin zu deuten, daß bei einem Verkauf in Bausch und Bogen die Ge-

119) Vgl. § 8 ff. d. Arbeit.

120) Dernburg a.a.O. § 169 V; Enneccerus a.a.O. § 331 2 a α; Makower a.a.O. Anhang zu § 377 Anm. XI c 2; Oertmann, Komm. a.a.O. Vorbem. zu § 459 3; Ders. in Ehrenberg a.a.O. S. 352 ff.; RG.Räte a.a.O. § 459 Bem. 2; Soergel a.a.O. § 459; Staub a.a.O. § 377 Anm. 121 u. 181; Staudinger a.a.O. § 433 I g.

121) Z. B. Soergel a.a.O.

122) Dernburg a.a.O. § 169 V.

123) Dernburg a.a.O. § 169 V.

währleistung für die Einzelstücke regelmäßig ausgeschlossen sei. Er trennt also wie in der Gefahrfrage so auch hier zwischen Mängeln einzelner Stücke und Mängeln des Kaufganzen. Nur für die Mängel einzelner mitverkaufter Sachen sei die Haftung ausgeschlossen. Wenn Dernburg als zweiten Faktor für seine Feststellung das „Wesen" dieses Kaufs angibt, so kann darunter — nach unserem bisherigen Ergebnis — der Kauf nur in seiner wirtschaftlichen Wirksamkeit, nicht in seinem streng begrifflichen Aufbau verstanden werden. Die wirtschaftlichen Auswirkungen weisen allerdings stark auf ein Absehen von der Einzelgliederung des Kaufgegenstandes und seiner genauen Beschaffenheit hin. Wenn ein Kaufgegenstand wie beim Kauf in Bausch und Bogen in so starkem Maße als Gesamtheit aufgefaßt wird, daß der Kaufpreis lediglich in einer einheitlichen Summe besteht und jede Verbindung mit den Gliedern und Maßen des Kaufgegenstandes verloren hat, so deutet dieses darauf hin, daß die Glieder in ihrer Anzahl jedenfalls und mit großer Wahrscheinlichkeit auch ihrer Beschaffenheit nach für die Parteien gar kein Interesse mehr erzeugen, also in der Gesamtheit aufgehen. Von Interesse ist lediglich die Gesamtheit als Einzelgegenstand. Ihren Mängeln wird daher wie bei jedem Kauf einer Einzelsache in den Grenzen des § 459 BGB. Beachtung geschenkt.

Diese Auffassung wird in der Literatur fast ohne Ausnahme vertreten[124]). In der Gewährleistungsfrage sind auch vereinzelt Rechtssprüche[125]) ergangen, die sämtlich den gleichen Standpunkt einnehmen.

Diese Ansicht können auch wir uns unbedenklich zu eigen machen. Es handelt sich ja nicht darum, eine juristische Definition für den Kauf in Bausch und Bogen zu finden. Für eine solche ist der Ausschluß der Gewährleistungspflicht allerdings abzulehnen[126]). Es soll hier vielmehr eine in der Praxis brauchbare Einstellung zu der Gewährleistungsfrage gewonnen werden, die das Verkehrsübliche berücksichtigt. Daß dieses in der angegebenen Richtung geht, kann nach der einheitlichen Wiedergabe in Literatur und Rechtsprechung nicht mehr zweifelhaft sein. Es steht ferner in Einklang mit dem von uns gewonnenen Begriff, der bereits das starke Hervortreten der geschlossenen Gesamtheit gegenüber den Einzelstücken und ihrem Werte zeigt.

Bei der praktischen Anwendung der Ansicht ergibt sich

---

124) Dernburg a.a.O. § 169 V; Enneccerus a.a.O. § 331 2 a α; Makower a.a.O. Anhang zu § 377 Anm. XI c 2; Oertmann, Komm. a.a.O. Vorbem. zu § 459 3; Ders. in Ehrenberg a.a.O. S. 352 ff.; RG.Räte a.a.O. § 459 Bem. 2; Soergel a.a.O. § 459; Staub a.a.O. § 433 I g.

125) So insbesondere OLG. Stettin, JW. 26, 2003; OLG. Königsberg, Rechtsprechung 28, 128.

126) Vgl. § 7 der Arbeit.

allerdings noch eine Besonderheit. Quantitätsmängel[127]) sind bei dem Kauf in Bausch und Bogen nur denkbar, wenn eine bestimmte Menge zugesichert ist. Ein Fehler, d. h. eine für den Käufer ungünstige Abweichung von der normalen Beschaffenheit, ist deshalb logischerweise nicht möglich, weil für den Kauf in Bausch und Bogen stets nur das jeweils beim Kaufabschluß Vorhandene maßgebend ist, nicht aber ein „normales" Maß, z. B. die Anzahl der auf einem Fabrikgelände vorgesehenen Geräte oder Maschinen. Ein Maß kann erst im Falle einer ausdrücklichen Zusicherung Bedeutung gewinnen[128]).

Fehler in der Beschaffenheit sind natürlich auch bei einem Kauf in Bausch und Bogen möglich. Dieser Kauf beschränkt heute nicht mehr wie im Preußischen Allgemeinen Landrecht auch die Beschaffenheit von vornherein auf das Vorliegende. Seinem Begriffe nach hat zunächst auch bei ihm der Verkäufer für Lieferung guter Waren einzustehen, also Fehler zu vertreten. Es hat sich aber die Auffassung herausgebildet, daß bei dem Kauf in Bausch und Bogen die Parteien regelmäßig, wenn also weder die Umstände noch ausdrückliche Abmachungen etwas anderes ergeben, die Haftung des Verkäufers für Sachmängel ausschließen wollen.

§ 20. Die Frage der Zusicherungen.

Ueber die Zulässigkeit von Zusicherungen über die Anzahl oder Beschaffenheit der Einzelstücke kann kein Zweifel bestehen. Der Kauf in Bausch und Bogen hat begrifflich keinen Einfluß auf die Regelung der Gewährleistungshaftung des Verkäufers. Nur regelmäßig ist ein Ausschluß dieser Pflicht als gewollt zu unterstellen. Ergibt sich aus irgendwelchen Umständen das Gegenteil, so fällt diese Unterstellung weg, ohne darum aber den Charakter des Vertrages als eines in Bausch und Bogen geschlossenen zu berühren. Wieviel eher muß daher die von vornherein gegebene Zusicherung über die Anzahl oder Beschaffenheit bestimmter Einzelstücke den Verkäufer binden, da hier die Parteien selbst schon bei Vertragsschluß erklären, daß sie eine Haftung wollen.

Allerdings muß eine Zusicherung beim Kauf in Bausch und Bogen diesen Willen besonders klar erkennen lassen, da die Annahme zunächst gegen die Bindungsabsicht spricht. Angaben, die nur den Kaufgegenstand illustrieren, können nicht eine Haftung erzeugen, die der Regel zuwiderläuft .

Für die Quantitätsmängel hat Berolzheimer[129]) die verschiedenen Grade solcher Erklärungen hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit eingehend und erschöpfend untersucht. Inso-

127) Vgl. dazu die Ausführungen bei Staub a.a.O. Anm. 6 zu § 377.
128) Ueber Zusicherungen vgl. § 20 der Arbeit.
129) Berolzheimer a.a.O. S. 456 ff.

weit kann seine Abhandlung für das heutige Recht als durchaus brauchbar und zuverlässig angesehen werden, wenn er auch auf einem veralteten Begriffe aufbaut[130]). Berolzheimer geht von den verschiedenen Arten der Feststellung des Kaufpreises aus. Der Käufer komme zu der festen Kaufpreissumme entweder auf Grund eigener Kenntnis der Kaufmasse (Erfahrung, Besichtigung, Schätzung) ohne Angaben des Verkäufers — der normale Fall des Kaufs in Bausch und Bogen — oder der Verkäufer mache Angaben über die Mengenverhältnisse, auf Grund deren der Käufer sich den Preis errechne, oder aber der Käufer lege einseitig, jedoch dem Verkäufer erkennbar, eine bestimmte Menge von Einheiten seiner Kaufpreisberechnung und -bewilligung zugrunde.

Der erste Fall enthält keine Zusicherungen, daher auch keine Haftung des Verkäufers, es sei denn aus dem Gesichtspunkt der Arglist.

Bei der zweiten Gruppe unterscheidet Berolzheimer vier Möglichkeiten:

a) die Angaben haben sich zu einer Zusicherung verdichtet;

b) der Verkäufer kann, ohne daß der Käufer eine solche forderte, arglistig eine Zusicherung gemacht haben;

c) der Verkäufer kann auch gutgläubig falsche Angaben über die Quantität der Kaufsache den Kaufverhandlungen zugrunde gelegt haben;

d) der Verkäufer kann schließlich Zahlen genannt, aber seine Haftung ausdrücklich ausgeschlossen haben.

Nur in dem Falle a) ist eine Zusicherung ohne weiteres zu bejahen. Sie muß sich, wie gesagt, aber eindeutig als bindend darstellen. Sind die Maß- oder Zahlangaben lediglich deshalb gemacht, um dem Käufer oberflächlich ein Bild von dem Umfang des Kaufgegenstandes zu machen und stellt sich dann nachträglich die Unrichtigkeit dieser Angaben heraus, so kann der Käufer — ausgenommen im Falle der Arglist — keine Rechte daraus herleiten. Im einzelnen Falle müssen die Umstände ergeben, ob sich eine Bindungsabsicht wirklich einwandfrei ergibt. Nur dann ist die Angabe als Zusicherung verbindlich.

Das gleiche muß auch für Qualitätsangaben gelten. Man wird das Schema Berolzheimers fast wörtlich auf dieses Gebiet übertragen können. Das Ergebnis ist jedoch auch hier: aus den Kaufverhandlungen oder dem Vertragsinhalt muß sich mit aller Sicherheit ergeben, daß der Verkäufer für einzelne Gegenstände eine bestimmte Beschaffenheit, z. B. die Echtheit einzelner Briefmarken der verkauften Sammlung, zusichern wollte.

---

130) Vgl. unsere diesbezgl. Auseinandersetzung § 5 b der Arbeit.

§ 21. Zusammenfassung.

Die Erörterungen dieses Abschnitts sollten klarstellen, ob und in welchem Umfange die Gewährleistungspflicht des Verkäufers beim Kauf in Bausch und Bogen Einschränkungen unterliegt.

Wir haben gesehen, daß für diesen Kauf im heutigen Recht die Grundlage fehlt, aus der sich im preußischen Recht der Ausschluß der Gewährleistungshaftung notwendig ergab, nämlich die Gleichung „in Bausch und Bogen" = „alles, wie es steht und liegt". Wir haben weiter gesehen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch diesen Kauf wie jeden anderen dem allgemeinen Grundsatz der Sachmängelhaftung (§§ 459 ff.) unterstellt und es lediglich der Vereinbarung der Parteien überläßt, ihn von dieser Haftung auszuschließen.

Dieses müßte an sich genügen, um die Auffassung zu begründen, daß für den Kauf in Bausch und Bogen überhaupt nichts Besonderes hinsichtlich der Sachmängelhaftung gelte, sondern die Parteien in jedem einzelnen Falle erklären müßten, daß sie den Verkäufer von dieser Haftung entlasteten.

Literatur und Rechtsprechung stehen aber nun fast ausnahmslos auf dem gegenteiligen Standpunkt, soweit sie sich überhaupt mit dieser Frage befassen; und zwar stellen sie als erfahrungsgemäße Tatsache fest, daß die Parteien beim Kauf in Bausch und Bogen r e g e l m ä ß i g die Sachmängelhaftung bezüglich der Einzelstücke als stillschweigend ausgeschlossen ansehen. Diese Parteiabsicht läßt sich durchaus mit dem von uns gefundenen Begriff vereinbaren, der ja bereits selbst eine starke Zurückdrängung der Einzelsachen gegenüber dem Kaufganzen zeigt. Wenn wir eine Verbindung dieser Parteiabsicht mit dem Begriff des Kaufs ablehnten, so taten wir das mit Rücksicht darauf, daß diese Absicht keineswegs bei jedem Kauf in Bausch und Bogen vorhanden sein m u ß.

Daß tatsächlich die Absicht regelmäßig bei diesem Kauf festzustellen ist, findet gerade in der besonderen Gestaltung des Kaufgegenstandes und des Kaufpreises seine Erklärung. Beide sind in außergewöhnlichem Maße einheitlich. Der Kaufgegenstand ist nur durch seine äußere Begrenzung, nicht nach seiner inhaltlichen Gliederung bestimmt. Der Kaufpreis besteht aus einer einzigen festen Kaufsumme, nicht aus summierten Einzelpreisen. Das hat ein besonderes Preisberechnungsverfahren zur Folge, für welches der Kaufvertrag von vornherein keine genauen Unterlagen bietet, so daß der Käufer mit gewissen Schwankungen zwischen ursprünglicher Schätzung und nachträglicher Feststellung rechnet. Auf seiten des Verkäufers liegt auch ein praktisches Bedürfnis vor, bei diesem Kaufgegenstand, der seiner inhaltlichen Gliederung nach gar nicht festgestellt wird, wegen nachträglich behaupteter Mängel nicht mehr in Anspruch genommen zu werden.

Bei dieser Sachlage bleibt für uns lediglich die Aufgabe, auf Grund der vorhandenen Anzeichen festzustellen, daß die Parteien mit der Vereinbarung eines Kaufs in Bausch und Bogen regelmäßig die Absicht verbinden, den Verkäufer von der Haftung für Sachmängel zu befreien, eine Absicht, die allerdings nicht notwendiges Begriffsmerkmal dieses Kaufs ist. Es kann sich daher aus dem Zusammenhang des Einzelfalles jederzeit das Gegenteil ergeben, wie auch diese Regel nur bezüglich einzelner Stücke des Kaufgegenstandes durch bestimmte Zusicherungen sowohl bezüglich der Quantität als auch bezüglich der Qualität durchbrochen werden kann.

LEBENSLAUF.

Als Sohn des Landesinspektors a. D. Fritz Hackmann wurde ich, Siegfried Hackmann, am 24. September 1905 in Bremen geboren. Nach dreijährigem Besuch der Vorschule trat ich Ostern 1915 in die Oberrealschule zu Bremen ein, die ich Ostern 1925 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Zur Ergänzung dieses Zeugnisses unterzog ich mich im Juli 1928 einer Prüfung im Lateinischen. Von meiner Studienzeit verbrachte ich fünf Semester an der Philipps-Universität zu Marburg und weitere drei Semester an der Hamburgischen Universität. Am 17. Juni 1929 bestand ich dann am Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg die erste juristische Staatsprüfung.

Am 10. Juli 1929 wurde ich in Bremen zum Referendar ernannt. Zu Beginn des Ausbildungsdienstes war ich zur Vorbereitung der Doktorschrift beurlaubt.

Herrn Geheimem Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard bin ich für die Anregung zur Bearbeitung des Themas der Doktorschrift zu besonderem Danke verpflichtet.

Siegfried Hackmann.